FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

LE DIRECTEUR

ET

L'ADMINISTRATEUR-DÉLÉGUÉ

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 3 Avril 1911

PAR

Paul GONTIER

Avocat
Lauréat de l'Université d'Aix-Marseille
et du Concours général des Facultés de Droit

Commission d'Examen : MM. BONNECARRÈRE, *Président*
PERROUD
DONNEDIEU DE VABRES } *Assesseurs*

PARIS (V^e^)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot et 12, rue Toullier

1911

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. PISON, doyen honoraire.

BRY, doyen, professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et de Législation industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit civil, chargé des cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat et de Droit civil (Capacité).

VERMOND, assesseur du Doyen, professeur de Droit romain, chargé du cours de Pandectes.

MOREAU, professeur de Droit administratif, chargé des cours de Droit administratif approfondi et de Législation financière.

AUDINET, professeur de Droit international chargé d'un cours de Droit civil.

BONNECARRÈRE, professeur de Droit commercial, chargé des cours d'Enregistrement et Notariat et de Droit maritime.

RIPERT, professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit Administratif (Capacité) et des cours de Droit civil approfondi et comparé.

PERROUD, professeur de Procédure civile, chargé d'un cours de Droit civil (Capacité).

RAYNAUD, professeur d'Économie politique, chargé du cours d'Economie politique (Doctorat).

AUBRY, agrégé, chargé des cours d'Économie politique (licence) et d'histoire des doctrines économiques (Doctorat).

DUMAS, agrégé, chargé des cours d'Histoire générale du Droit français (licence) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

DONNEDIEU DE VABRES, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.

PERRINJAQUET, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

ROUGIER, chargé des cours de Droit international (Licence et Doctorat) et de Droit public (Licence).

JOUGLA, secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner, par leur visa, aucune approbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

LE DIRECTEUR

ET

L'ADMINISTRATEUR-DÉLÉGUÉ

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 3 Avril 1911

PAR

Paul GONTIER

Avocat
Lauréat de l'Université d'Aix-Marseille
et du Concours général des Facultés de Droit

Commission d'Examen : MM. BONNECARRÈRE, *Président* ; PERROUD, DONNEDIEU DE VABRES, *Assesseurs*

ACAD. LUGDUN. BIBL.

PARIS (V^e^)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot et 12, rue Toullier

1911

A LA MÉMOIRE DE MES PARENTS

A MON FRÈRE

LE DIRECTEUR
ET
L'ADMINISTRATEUR-DÉLÉGUÉ
DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

INTRODUCTION

On a esquissé bien souvent le tableau comparatif de la société anonyme et de l'État constitutionnel. Dans ces deux organismes le pouvoir appartient à la collectivité tout entière, mais il ne peut pratiquement s'exercer que par une série de délégations.

C'est l'Assemblée générale qui, dans la société anonyme, représente la collectivité ou l'ensemble des associés. C'est en elle que réside le principe de tous les pouvoirs sociaux et les autres organes de la société n'en sont pour ainsi dire que des émanations.

L'Assemblée générale délègue au conseil d'administration une partie de ses pouvoirs et le conseil lui-même se substitue ordinairement une ou plusieurs personnes dans tout ou partie de ses attributions.

On trouve donc dans la société anonyme trois organes

successifs, représentant et exerçant l'ensemble des pouvoirs sociaux : l'assemblée, le conseil d'administration et enfin un troisième organe qui doit faire l'objet de cette étude : la direction.

La direction existe comme organe spécial et distinct dans la plupart des sociétés anonymes et sa nécessité s'explique à merveille.

Le conseil d'administration n'est et ne peut être qu'un organe de discussion, légiférant en quelque sorte sur toutes les questions qui intéressent la vie sociale. Mais ses décisions une fois prises, qui va les exécuter ? Le conseil lui-même? Les nécessités pratiques s'y opposent.

Les membres du conseil ont, en général, d'autres occupations ; ils ne résident pas tous au siège social ; ils ne peuvent donc se réunir qu'à intervalles plus ou moins rapprochés. D'autre part, étant choisis le plus souvent à cause de leur nom, de leur honorabilité ou de leur crédit, ils ne possèdent pas la compétence nécessaire pour gérer efficacement les intérêts sociaux. Un organe s'impose donc, composé de personnes ayant des aptitudes et des compétences spéciales et siégeant en permanence pour exécuter les décisions du conseil et veiller à chaque instant à la bonne marche des affaires sociales.

Aussi la loi de 1867, dans son article 22, prévoit-elle à côté du conseil d'administration des agents spéciaux, chargés de la direction de la société. « Ces mandataires (les administrateurs) peuvent prendre parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un manda-

taire étranger à la société et dont ils seront responsables envers elle. » Ces agents ont même pris une place prépondérante dans la gestion des affaires sociales et, dans la pratique, ce sont eux qui exercent la véritable gérance de la société. Le conseil d'administration est relégué au second plan; son rôle est de plus en plus réduit à celui d'un simple conseil de surveillance, contrôlant la gestion des directeurs et endossant la responsabilité de leur gestion. Le rouage vraiment actif de la société, c'est non pas le conseil d'administration, mais la direction.

On peut donc s'étonner que la direction de la société anonyme ne soit chez nous l'objet d'aucune réglementation législative. La loi de 1867 ne lui consacre dans son article 22 qu'un texte obscur et incomplet; et aucune loi postérieure n'est venue suppléer au fâcheux laconisme de ce texte. La doctrine et la pratique ont dû combler l'insuffisance des dispositions légales et construire de toutes pièces une réglementation que le législateur des sociétés a négligé de prévoir.

A s'en tenir à l'article 22, il faudrait réserver la dénomination de directeur au membre du conseil d'administration, chargé par ses collègues de la gérance de la société. Mais dans le langage de la pratique, l'administrateur investi de ces fonctions est désigné sous le nom « d'administrateur délégué » et la qualification de « directeur » ou de « directeur général » est attribuée à la personne chargée de la gérance, quand cette personne est étrangère au conseil.

Nous allons essayer dans cette étude de présenter un

tableau d'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la direction des sociétés anonymes, et à cet effet, nous étudierons successivement en des chapitres distincts la situation juridique du directeur et de l'administrateur-délégué, leur nomination, leurs pouvoirs, leur responsabilité et enfin la cessation de leurs fonctions.

Nous terminerons par un exposé succinct des lois étrangères et par une comparaison du système français avec la législation allemande. Cette étude comparative fera ressortir la supériorité incontestable de cette législation et nous permettra d'indiquer les réformes qui chez nous paraissent désirables.

CHAPITRE PREMIER

SITUATION JURIDIQUE DE L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ ET DU DIRECTEUR

§ 1. — *Conception de la loi de 1867*

Ce sont des mandataires. — Critique de cette conception

La loi de 1867, qui attribue la qualité de mandataires aux administrateurs de la société, considère comme des mandataires substitués les personnes chargées par le conseil d'administration de la direction de la société. Les termes de l'article 22 ne peuvent laisser aucun doute à cet égard.

Cette conception législative, assimilant à des mandataires les administrateurs et les directeurs de la société anonyme, suffit peut-être à expliquer pratiquement la plupart des règles qui leur sont applicables, mais elle procède d'une analyse superficielle et inexacte.

La société anonyme est, en effet, une personne morale. Or, même pour ceux qui regardent la personnalité morale

comme une pure fiction juridique, l'idée de mandat appliquée à la représentation de l'être moral par des individus est difficilement admissible. Un mandat suppose une volonté chez le mandant : or, la volonté de l'être moral ne peut se manifester que par ses représentants ; en dehors d'eux, elle est « introuvable » (1).

L'idée qui s'adapte le mieux à celle de la fiction est l'idée de représentation légale. L'être moral n'a pas de volonté propre, puisque c'est un être fictif. C'est en quelque sorte un incapable.

On va donc l'assimiler au fou et au mineur et lui donner un représentant légal, chargé de suppléer à sa volonté, de même que le tuteur est chargé de suppléer à la volonté absente ou insuffisante du mineur et de l'aliéné.

Ceux qui agissent au nom de la personne morale et en particulier de la société paraissent donc, en partant de l'idée de fiction, plutôt ses représentants légaux que ses mandataires.

Mais la nouvelle école germanique est arrivée à une conception beaucoup plus séduisante et qui explique d'une manière peut-être un peu subtile, mais en tout cas plus précise et plus exacte, la situation juridique des représentants de l'être moral et le rôle joué par eux.

Cette théorie, magistralement exposée par plusieurs

---

1. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 130.

auteurs allemands (1), a trouvé dans les développements de Gierke son expression la plus parfaite (2).

Les représentants de la personne morale et en particulier de la société sont en réalité ses *organes*, agissant pour elle, mais non distincts d'elle et n'ayant pas, en tant qu'organes, une personnalité distincte de la sienne.

Et voici tout de suite le principal intérêt de cette conception théorique. Une personne physique peut agir par l'intermédiaire d'un mandataire, mais cela ne l'empêche pas d'agir par elle-même et de conserver une sphère d'activité dans laquelle elle se meut par son action personnelle.

Sa personnalité peut recevoir sa manifestation et son expansion en dehors du mandataire, dont les actes n'absorbent pas forcément toute son activité juridique.

L'organe, au contraire, incarne en quelque sorte la vie juridique de l'être moral ; c'est par lui que la personne morale agit et se meut. Sa conscience ne peut se traduire en dehors de lui et sa volonté ne peut se manifester qu'en empruntant la volonté de l'organe, qui se confond ainsi avec la volonté propre de l'être moral.

Le point de départ de cette conception est diamétralement opposé au système de la fiction. Elle suppose,

---

1. Beseler, *Volksrecht*, p. 173. — Lasson, *Der Begriff der moralischen Person und die Staatspersonlichkeit*, p. 123. — Bluntschli, *Zur revision der staatlichen Grundbegriffe*. — Jellinek, *System der öffentlich Subjectiven Rechte*, p. 28.

2. Gierke, *die Genossenschaftstheorie*.

en effet, l'être moral doué d'une volonté qui lui est propre ; ce n'est plus une personne fictive, mais une personne réelle. L'organe est chargé d'exprimer cette volonté et de la traduire extérieurement,

La notion de personnalité morale, au lieu de reposer sur l'artifice d'une fiction, est ainsi ramenée à des principes rationnels. L'être moral est une personne, parce qu'il a une volonté : volonté réelle, professent les Allemands (1) ; volonté légale, soutient M. Michoud (2), mais en tout cas volonté propre. Telle est, synthétisée en ses termes essentiels, la théorie de l'organe.

Malgré les critiques dont elle a été l'objet tant en France qu'en Allemagne (3), cette conception paraît préférable au système qui voit dans ceux qui agissent au nom des personnes morales des mandataires ou des représentants légaux. L'idée d'organe donne en effet une explication plus satisfaisante de l'étendue de leurs pouvoirs. On comprend, en particulier, que les pouvoirs qui appartiennent aux organes de la société soient plus étendus et plus complets que ceux de simples mandataires, puisque dans la sphère d'action de la société leurs pouvoirs n'ont pas et ne peuvent pas avoir de limites. Toutefois, l'expression elle-

---

1. Voir la théorie allemande développée dans la thèse de M. Achille Mestre, *Les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, p. 191.

2. Michoud, *La Théorie de la personnalité morale.*

3. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents,* p. 51. — Schlossmann, *Organ und Stellvatreter* dans *Ihering's Jahrbücher*, t. XLIV, 1902, p. 300-301.

même d'organe, qui a donné son nom à la théorie, ne peut être acceptée qu'avec certaines réserves :

1° Il ne faut lui attribuer qu'une valeur de comparaison.

L'organe de la personne morale est un être vivant, possédant une volonté et une personnalité propres, sinon en tant qu'organe, du moins en tant qu'individu. Il ne peut donc être assimilé à l'organe matériel de la personne physique, « instrument passif » (1), dont la fonction consiste à « exécuter mécaniquement les décisions de l'individu » (2), M. Mestre propose pour définir les représentants de l'être moral l'expression d' « organes représentatifs » (3). Ils ne sont, en effet, à proprement parler, ni des organes, ni des représentants, mais ils participent de l'une et de l'autre de ces deux qualités, organes puisqu'ils expriment la volonté d'une personne, représentants puisqu'ils ont une volonté individuelle qui se confond avec la volonté de l'être moral. L'expression de M. Mestre condense heureusement ces deux traits caractéristiques.

2° S'il est vrai de dire que l'organe incarne la vie juridigue de la personne morale, celle-ci n'est cependant pas toute entière dans ses organes. A la différence de la personne physique qui, sans organes, ne pourrait se manifester extérieurement et serait à proprement parler le néant, l'être moral peut manifester son existence par des

1. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 138.
2. Mestre, *op. cit.*, p. 217.
3. *Id.*, p. 220.

faits qui n'émanent pas de ses organes. C'est ainsi qu'une réunion d'actionnaires, la tenue d'une assemblée générale sont des actes que la société peut accomplir sans l'intervention de ses représentants. Mais il n'en reste pas moins que ceux-ci peuvent seuls accomplir les actes juridiques intéressant la vie sociale.

L'idée de mandat, à laquelle se réfère le législateur de 1867 pour expliquer la situation juridique des administrateurs et des directeurs de la société anonyme, est donc une conception superficielle et inexacte. Ceux que la loi appelle les mandataires de la société doivent être considérés, suivant la définition que nous avons adoptée, comme ses *organes représentatifs*.

§ 2. — *Particularités du mandat des directeurs Révocabilité* ad nutum *d'ordre public*

Si la conception du législateur de 1867 en ce qui touche la situation juridique des directeurs paraît inacceptable en théorie, l'idée de mandat suffit à expliquer pratiquement la plupart des règles qui les concernent. D'une façon générale les principes du mandat leur sont applicables ; ils sont investis des droits et soumis aux obligations des mandataires, tels qu'ils sont définis par le droit civil. Il existe cependant parmi les règles qui les gouvernent plusieurs dérogations importantes aux principes de droit commun du mandat :

1° Un mandataire ordinaire peut toujours se substituer un tiers pour l'exécution du mandat et le mandataire substitué peut lui-même déléguer tout ou partie de ses pouvoirs. Le directeur de la société anonyme au contraire n'a pas le droit de subdéléguer à un tiers soit la totalité, soit même une partie de ses attributions ; il ne peut consentir que des subdélégations spéciales ;

2° En droit commun, le mandataire n'est responsable vis-à-vis du mandant de celui qu'il s'est substitué que dans les deux cas suivants : *a*) quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; *b*) Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation de personne et que celle qu'il a choisie était notoirement incapable ou insolvable (art. 1994 du C. civ. § 1).

Le conseil d'administration au contraire est pleinement responsable des mandataires, administrateurs délégués ou directeurs, qu'il se substitue dans la gestion de la société ;

3° Enfin une autre différence importante est relative à la révocabilité.

L'étude des deux premières différences trouvera sa place dans nos développements ultérieurs et nous nous bornons pour le moment à les signaler. Mais il est nécessaire d'examiner la troisième, car c'est à propos de la révocabilité qu'ont surgi dans la pratique les difficultés relatives à la distinction, qu'il importe d'établir dès à présent, entre le directeur de l'article 22 mandataire de la société et un autre agent de la société, qui lui ressemble par la nature de ses pouvoirs mais dont la situation

juridique est tout a fait différente : le directeur technique.

L'article 22 de la loi de 1867 décide que les administrateurs ordinaires sont révocables : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, *révocables*, salariés ou gratuits pris parmi les associés. » Si le législateur des sociétés ne s'en était pas expliqué le doute eût été possible.

En principe en effet le mandat est bien révocable *ad nutum*, c'est-à-dire par la seule volonté du mandant et sans que la révocation ait besoin d'être justifiée. Mais on est d'accord pour apporter à cette règle, quoique posée en termes généraux par l'article 2004 du Code civil, toute une série d'exceptions. On admet notamment que le mandat est irrévocable, sauf motifs sérieux, quand il a été donné à la fois dans l'intérêt du mandant et dans celui du mandataire (1).

Il est admis également que la volonté des parties peut déroger au principe de la révocabilité *ad nutum* et qu'il peut être valablement stipulé que le mandat sera irrévocable, sauf motifs sérieux. Il a même été décidé qu'il n'est pas nécessaire à cet effet d'une clause expresse et que

---

1. En ce sens : Pont, t. I, n° 1159. — Guillouard, 2e édit., n° 216. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 810. — Dalloz, nouveau Code civil annoté, art. 2004, n° 26.— Cass. Req., 6 janvier 1873. Dalloz, 73.1.116.— Cass. civ., 13 mai 1885. Dalloz, 85.1.350.— Bordeaux, 27 avril 1885. Dalloz, 86.2.263. — Limoges, 23 avril 1901. Dalloz, 1902.2.474.

l'irrévocabilité du mandat peut résulter soit de sa nature spéciale, soit des conventions qui y sont jointes (1).

Si la législation des sociétés ne contenait aucune disposition à cet égard, on pourrait donc se demander si le mandat des administrateurs ne devrait pas être considéré comme irrévocable. Etant donné qu'ils sont actionnaires de la société, on pourrait soutenir qu'un double intérêt se rencontre dans le mandat à eux confié, leur propre intérêt et celui de la société (2).

L'article 22 résoud la difficulté en posant le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs. Mais le législateur va plus loin et il fait de ce principe une règle absolue et d'ordre public, à laquelle il n'est pas permis de déroger par des dispositions spéciales. Non seulement une pareille clause devrait être considérée comme nulle et non avenue, mais encore elle entraînerait la nullité de la société. L'article 41 déclare en effet nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme dans laquelle n'ont pas été observées les dispositions de l'article 22.

Quel est le fondement d'une règle aussi rigoureuse et quelle est la pensée qui l'a inspirée ? Les sociétés anonymes faisant appel au crédit public, le législateur fait en quelque sorte de leur prospérité une question d'intérêt public. Leur ruine lèserait de nombreuses personnes et il a paru

---

1. Cass. Req., 8 avril 1857. Dalloz, 58.1.134.— Grenoble, 13 juin 1864. Dalloz, 64.2.207.

2. En ce sens : Vavasseur, 797 *quater*.

nécessaire qu'elles puissent, à un moment quelconque, se débarrasser d'administrateurs dont la gestion met la société en péril ou compromet sa prospérité (1).

De tout temps la jurisprudence a étendu aux directeurs de la société ce principe de la révocabilité *ad nutum* avec son caractère de règle absolue et d'ordre public et il existe sur cette question un nombre de décisions considérable (2).

Une pareille extention d'une règle qui n'est édictée en termes exprès que pour les administrateurs ordinaires est-elle légitime?

Nous verrons plus loin que l'administrateur délégué ou le directeur peuvent être nommés, soit par le conseil d'administration, soit par l'Assemblée générale, soit par les statuts.

Lorsque ces mandataires sont appelés aux fonctions qu'ils

---

1. Lecouturier, p. 146.

2. Voir notamment : Nîmes, 4 juillet 1881. *La Loi*, n° du 5 août. — Trib. corr. Seine, 1er décembre 1884. *Rev. des Soc.*, 1885, p. 95. — Paris, 24 novembre 1884, 29 janvier 1885. Douai, 11 juillet 1885. *Rev. des Soc.*, 1885, p. 264, 394 et 604. — Paris, 20 novembre 1885, 20 janvier 1886. *Rev. des Soc.*, 1886, p. 87 et 206. Dal., 87.2.93. — Trib. de la Seine, 28 novembre 1887. Cass. req., 27 juillet 1888. *Rev. des Soc.*, 1888, p. 51 et 416. Dal., 89.1.184. — Paris, 12 avril 1892. *Rev. des Soc.*, 1892 p. 453. Paris, 28 janvier 1893. *Rev. des Soc.*, 1893, p. 271. — Paris, 25 juillet 1893. *Rev. des Soc.*, 1893, p. 504. Dal., 94.2.6 et sur pourvoi Cass. req., 13 février 1895. *Rev. des Soc.*, 1895, p. 271. Dal., 95.1.167. — Voir en ce qui concerne spécialement l'agent général d'une compagnie d'assurances : Cass. req., 26 octobre 1891. *Rev. des Soc.*, 1892, p. 7. — Cass. civ., 10 novembre 1891. *Rev. des Soc.*, 1891, p. 335. — Trib. comm. Seine, 14 novembre 1903. *Journ. des Trib. comm.*, 1905, 248.

exercent par le conseil, l'extension se justifie aisément.

Les administrateurs étant révocables *ad nutum* comment pourraient-ils se substituer un mandataire irrévocable? *Nemo plus juris transfere potest quam ipse habet.* A un autre point de vue, la révocabilité des administrateurs est d'ordre public et il ne peut y être dérogé par les statuts. Ne serait-ce pas pour eux un moyen de tourner cette prohibition que de pouvoir conférer à un tiers à leur dévotion une délégation irrévocable de leurs pouvoirs?

Quant au directeur ou à l'administrateur délégué nommé, soit par l'Assemblée générale, soit par les statuts, il est le mandataire direct de la société au même titre que les administrateurs ordinaires et il est conforme à l'esprit de la loi de décider que tous les mandataires de la société doivent être révocables.

Attendu, *dit un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1878 à propos du directeur général nommé par l'Assemblée générale*, que placé à côté du conseil, il est, aussi bien que lui, le mandataire de la société et se trouve par conséquent soumis, à l'instar des membres du dit conseil, à la condition de révocabilité imposée par l'article 22 (1).

---

1. Dalloz 78. 1. 314. Voir encore en ce qui concerne le directeur et l'administrateur délégué nommés par l'Assemblée générale : Paris, 12 juin 1877. Dal., *Supp. Rep.* V° *Sociétés*, note sous n° 482. — Nancy, 21 juillet 1891. Dal. 1893. 1. 164. — Paris, 21 mai 1877. *Journ. soc.* 1888, 306 ; et en ce qui concerne le directeur et l'administrateur délégué statutaires. — Paris, 13 décembre 1882. Dal. 1885. 2. 8. — Paris, 25 juillet 1893. Dal. 1894. 2. 6. — T. civ. de Nantes, 11 décembre 1905. *Rev. Soc.*, 1906, 162.

La possibilité de révoquer les directeurs sans motifs et sans indemnité ne cesserait pas d'exister même dans le cas où ils auraient obtenu leur situation à titre de rénumération totale ou partielle de leurs apports (1).

Presque tous les auteurs approuvent les solutions de la jurisprudence et l'extension aux directeurs de la société, du principe d'ordre public, de la révocabilité *ad nutum*. M. Vavasseur cependant critique en termes assez vifs ce système.

En vérité, *dit-il*, donner une telle extension à l'article 22 de la loi de 1867, ce n'est plus de l'interprétation ; c'est une addition par le juge au texte légal et une addition qui a pour résultat de mettre hors le droit commun l'un des contrats les plus respectables, le contrat de travail (2).

Nous ne partageons pas cette manière de voir et l'intention du législateur de 1867 ne nous paraît pas douteuse ; il a voulu soumettre tous les mandataires de la société, quels qu'ils soient, à la règle de la révocabilité *ad nutum*.

Le droit de révocation peut donc être exercé d'une façon arbitraire et aucune clause des statuts ne peut en limiter directement ou indirectement l'étendue.

Est-ce à dire cependant qu'en aucun cas le renvoi injustifié du directeur ou de l'administrateur délégué ne puisse donner lieu à une indemnité ? Nous pensons que si la révo-

---

1. Cass. 10 janvier 1881. *Journ. Palais*, 1881, 610.
2. Vavasseur, n° 797 *quater*.

cation était inspirée par l'intention de nuire à ces mandataires ou si elle était accompagnée de mesures de nature à porter injustement atteinte à leur honneur et à les discréditer, il pourrait y avoir dans la manière même dont le droit de révocation serait exercé la source d'un délit ou d'un quasi délit donnant naissance à une action en dommages-intérêts. Il en serait ainsi notamment si le directeur était sans un motif très grave congédié brutalement et sur l'heure, mesure qui permettrait de suspecter sa probité (1).

§ 3. — *Distinction entre le directeur général et le directeur technique*

A.— *Intérêt de la distinction.*— Assez souvent, il existe dans les sociétés anonymes un agent spécial étranger au conseil d'administration ou à la société et dont la situation présente beaucoup d'analogie avec celle d'un directeur général, à tel point que la confusion est parfois possible.

Ses pouvoirs peuvent être très étendus. On le voit diriger le travail des usines et le personnel des bureaux, souvent même passer les marchés et représenter la société vis-à-vis des tiers.

Tandis que le directeur général est considéré comme un mandataire, cet agent, qu'on a coutume d'appeler le directeur technique, est lié à la société par un contrat de louage de services et de cette différence de nature entre

1. En ce sens Bosvieux, note sous Paris, 23 mars 1909. *Journ. des Sociétés*, 1909, p. 406.

les deux situations découle toute une série de conséquences pratiques importantes.

C'est ainsi que le directeur administrateur ne peut être nommé pour plus de trois ou six ans et que même pendant ce laps de temps relativement court il est révocable *ad nutum*. Le directeur technique, au contraire, simple locateur de services, peut être engagé pour une durée beaucoup plus longue ; son engagement peut même être fait sans détermination de durée.

Dans les deux cas, le contrat qui intervient entre la société et lui est régi par les règles ordinaires du louage de services. Notamment, si la durée n'en est pas fixée, il ne peut être rompu sans que les délais de préavis aient été observés et sa rupture sans motifs peut donner lieu à des dommages-intérêts conformément à l'article 1780 du Code civil (1).

---

1. En ce sens *Doctrine* : Rousseau, t. I, n° 2290. — Houpin, t. II, n° 837.— Vavasseur, 797 *bis* et suiv.— Dalloz, *Supp. Rép.* V, *Sociétés* n° 1481.— De Courcy, p. 15.— Alauzet, n° 534.— Boistel, n° 309. — Bédarride, n° 792 et 797. — Mathieu et Bourguignat, n° 173. — Le Couturier, n° 109.— Lyon-Caen et Renault, 837 *bis*.

Jurisprudence : Rouen, 17 mai 1871. Dalloz, 1873. 2. 176. — Cass., 30 avril 1878. Dalloz, 1878. 1. 314. — Rouen, 10 janvier 1881. Dalloz, 1881. 1. 161. — Paris, 21 juin 1883. *Rev. Soc.*, 84. 103. — Paris, 13 décembre 1883. Dalloz. 85. 2. 8. — Trib. Seine, 8 janvier 1885. *Rev. Soc.*, 1885. 292. — Paris, 20 novembre 1888. *Rev. Soc.*, 89. 132. — Nancy, 21 juillet 1891. Sirey, 1892. 2. 149. — Cass., 12 décembre 1892. Dalloz, 1893. 1. 164. — Douai, 31 mars 1898. *Journ. Soc.*, 98. 413. — Lyon, 9 avril 1898, *Journ. Soc.*, 99. 80. — Riom, 11 mai 1898. *Rev. Soc.*, 1898, 355. — Chambéry, 28 février 1900. Dalloz, 1900. 2. 503. — Paris, 8 août 1901, *Journ. Soc.*, 1902. 118.

La situation du directeur technique est donc plus sûre et plus stable que celle du directeur général. Il trouve dans le contrat qui le lie à la société une protection efficace contre les décisions arbitraires de l'Assemblée générale ou du conseil d'administration.

A d'autres points de vue encore sa situation est plus avantageuse.

En cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, il peut produire au rang privilégié pour ses salaires des 6 derniers mois (art. 549 nouveau du Code de commerce) et il obtiendra ainsi le plus souvent le paiement intégral de ses salaires. Le directeur général au contraire, simple créancier chirographaire, subira la loi de la faillite et devra se contenter d'un dividende.

Le directeur technique peut bénéficier de la loi sur le repos hebdomadaire, tandis que les avantages de cette loi seront refusés au directeur général.

Enfin, les salaires du directeur technique, s'ils sont inférieurs à 2.000 francs ne seront saisissables qu'à concurrence du dixième ; au contraire une saisie-arrêt pourra toujours frapper la totalité des appointements du directeur administrateur.

B. — *Critérium de la distinction*. — L'indication de ces différences pratiques fait ressortir l'intérêt qu'il y a à établir un critérium qui permette dans tous les cas une distinction certaine entre ces deux agents de la société. Or, nous avons dit que leurs pouvoirs présentent parfois tellement d'analogie que cette distinction est très délicate à établir.

La difficulté doit être solutionnée suivant les circonstances spéciales à chaque espèce et d'après l'intention des parties au moment où la convention a été faite.

Si l'on procède à une étude attentive des nombreuses décisions qui ont tranché cette intéressante question, il semble que, pour déterminer la véritable qualité de l'agent, la jurisprudence se base surtout sur l'étendue de ses pouvoirs.

L'agent dont le caractère est contesté jouit-il de la plus grande partie des pouvoirs conférés par les statuts au conseil d'administration, on décide que c'est un directeur général et on lui applique les règles qui le concernent, notamment la révocabilité *ad nutum*.

Ne possède-t-il au contraire qu'une partie plus ou moins restreinte de ces pouvoirs, n'exerce-t-il par exemple que la direction des usines et son autorité expire-t-elle à la porte des ateliers, les tribunaux lui attribuent la qualité de directeur technique.

C'est par application de ce critérium basé sur l'étendue des pouvoirs que, la Cour de Paris a décidé, par exemple, qu'une personne ayant dans ses attributions l'ensemble des pouvoirs du conseil, la conduite des opérations courantes de la société, la direction du personnel, les achats et les ventes, les encaissements et les paiements, enfin la correspondance, devait être regardée comme un directeur administrateur et était par conséquent révocable *ad nutum* (1).

---

1. Paris, 13 déc. 1883. Dalloz, 1885. 2. 8. — Rapprocher Cass., 21 juillet 1887. Dalloz, 1887. 1. 469.

Dans cette espèce la question ne paraissait guère discutable. Elle ne le serait pas davantage en sens inverse, pour l'ingénieur, le chimiste dirigeant le travail des usines, pour le chef des bureaux, même si ces agents avaient la haute main sur le personnel placé sous leurs ordres.

Mais dans bien des cas, la ligne de démarcation n'est pas aussi nettement tranchée et la difficulté devient fort délicate à résoudre; cela provient des deux causes suivantes :

Le directeur technique est souvent un personnage considérable et ayant un rang élevé dans la société ; c'est par exemple le directeur général d'une compagnie d'assurances ou de chemins de fer; son importance, sa situation dans la hiérarchie sociale semblent le mettre au rang d'un directeur général.

D'autre part, dans le but de se ménager une situation plus sûre et de se prémunir contre les risques de la révocabilité *ad nutum*, le directeur général fait volontiers des concessions sur son titre officiel, et lorsqu'il traite avec la société, il s'ingénie à donner à la convention les apparences d'un contrat de louage de services.

Aussi la jurisprudence, tout en s'attachant principalement à l'étendue des pouvoirs de l'agent pour déterminer sa véritable qualité, a-t elle dû parfois recourir à certains critérium secondaires.

L'agent a-t-il, par exemple, la signature sociale, est-il chargé de la caisse et des paiements à faire au nom de la société, la jurisprudence penchera à voir en lui un directeur administrateur.

Le mode de nomination exerce également une influence sur ses décisions. La personne dont la qualité est discutée a-t-elle été désignée à ses fonctions par l'Assemblée générale ou par les statuts, elle décidera plus facilement que c'est un directeur mandataire de la société.

C'est en se basant sur ces divers éléments d'appréciation qu'elle a considéré comme un directeur général : celui que le mode et les conditions de sa nomination par l'Assemblée générale, ainsi que le caractère et l'étendue de ses attributions ne permettent pas de considérer comme simple agent d'exécution (1); celui qui a été nommé par l'Assemblée générale des actionnaires et dont les attributions embrassent l'ensemble des affaires sociales, qui a notamment le pouvoir de signer les actes pour le compte de la société et de payer avec les deniers sociaux (2); le directeur statutaire réunissant entre ses mains la plénitude des pouvoirs (3).

Par contre, il faudrait regarder comme un directeur technique, simple employé de la société, celui qui, malgré l'étendue de ses attributions, n'est pas investi de la plénitude des pouvoirs du conseil d'administration, qui a la haute main sur la fabrication et même sur les bureaux, qui surveille l'expédition de toutes les affaires courantes, mais qui ne peut passer les marchés ni même sans l'auto-

---

1. Cass., 30 avril 1878. Dalloz, 1878. 1. 314.

2. Paris, 20 janvier 1886. *Journ. du Palais*, 1886. 1234. — Dans le même sens Cass. Req., 2 janvier 1888. Dalloz, 1889. 1. 184.

3. Paris, 25 juillet 1893. Dalloz, 1894. 2. 6.

risation du conseil faire procéder aux réparations d'entretien de l'usine (1) ; le directeur d'assurances qui n'est chargé que de la direction des bureaux et de l'exécution des décisions du conseil (2).

Dans la pratique, il faudra donc éviter, si l'on veut créer au directeur technique une situation stable et le mettre à l'abri d'une révocation arbitraire, de le faire faire désigner par les statuts ou l'assemblée. Mieux vaudra que le pacte social confère simplement au conseil le droit de choisir un directeur technique et de déterminer ses pouvoirs.

Le fait que le directeur technique cumule ces fonctions avec celles d'administrateur de la société, n'influe en rien sur sa qualité, et en tant que directeur technique il ne peut être révoqué *ad nutum*. Les deux fonctions doivent être envisagées séparément et les règles spéciales à chacune leur être appliquées distributivement.

La Cour de Nancy, qui a résolu cette question dans un arrêt du 21 juillet 1891 confirmé par la Cour de cassation (3), a donné très nettement les motifs qui justifient la solution adoptée par elle. Le directeur technique consacre toute son activité à la société qui emploie ses services ; il

---

1. Douai, 31 mars 1898. *Journ. Soc.*, 1898. 413.

2. Paris, 8 mars 1886. *Journ. du Palais*, 1887. 968. — Voir autres décisions attribuant à l'agent d'une société le caractère de directeur technique : Paris, 4 novembre 1886. *Journ. du Palais*, 1886. 1237. — Paris, 8 août 1901. *Journ. Soc.*, 1902. 118.

3. Nancy, 21 juillet 1891 et Cass. Req., 12 décembre 1892. Dalloz, 1893. 1.164. — Dans le même sens : Paris, 19 juillet 1891, *Journ. Soc.*, 1893. 9, et Riom, 11 mars 1898. *Journ. Soc.*, 1899. 415.

est donc équitable qu'il trouve une certaine sécurité dans le contrat qui le lie à la société et que sa situation d'administrateur ne modifie pas la nature de ce contrat.

Il n'y a pas davantage indivisibilité entre les fonctions de directeur technique et d'administrateur-délégué. Lorsque ces deux qualités se trouvent réunies, chacune obéit aux règles qui lui sont propres. Cependant la question a été ici plus vivement débattue que dans le cas précédent et la jurisprudence ne paraît définitivement fixée que depuis un arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1907 (1), qui a donné à cette intéressante question une solution très solidement motivée.

Dans l'affaire soumise à la Cour, la thèse de la société était la suivante : elle reconnaissait être liée à son administrateur délégué par un contrat de direction technique stipulant des dommages-intérêts au cas de rupture sans motifs ; mais elle alléguait que ce contrat était nul comme violant indirectement l'article 22 de la loi de 1867. En effet, disait-elle, les fonctions d'administrateur délégué englobent la direction effective de tous les services sociaux. Si la société lui donne par un traité spécial la direction de la fabrication, ce traité n'augmente pas en réalité ses pouvoirs. Il ne peut avoir d'autre but que de tourner la règle de la révocabilité *ad nutum*.

Quelques années auparavant, cette thèse avait été adoptée

---

1. *Gazette du Palais*, 1907. 1.620.

par un jugement du tribunal de commerce de Marseille (1) qui s'exprimait ainsi :

Attendu que la qualité d'administrateur délégué, comprenant la plénitude des pouvoirs d'administration industrielle et commerciale, implique virtuellement celui de chef supérieur de la fabrication, etc...

Contrairement à cette solution la Cour de Paris a décidé que les deux fonctions d'administrateur délégué et de directeur technique se différenciant très-nettement, elles devaient rester distinctes et ne pouvaient être confondues :

Considérant, *dit la Cour*, que les fonctions de directeur technique, qui exigent des connaissances et des aptitudes spéciales peuvent, dans l'industrie objet de la société, être séparées de celles d'administrateur délégué ; qu'elles ont été soigneusement distinguées dans la délibération du 17 mai 1899 ; que comme directeurs techniques les intimés devaient à la société tout leur temps, toute leur activité, leurs connaissances spéciales, leurs inventions, leurs soins pour la surveillance et la direction de l'usine ; que comme administrateurs délégués ils représentaient la société au regard des tiers, avaient des pouvoirs d'administration et de gestion et des attributions bien définies qui se différencient des attributions qui leur étaient données comme directeurs techniques etc...,

De nombreuses décisions ont adopté la manière de voir

---

1. Marseille, 3 novembre 1903 ; *Journ. Soc.*, 1904. 85.

de la Cour de Paris et la jurisprudence paraît désormais fixée en ce sens (1).

C. — *Critique de cette distinction.* — Cette distinction doit-elle être approuvée? Nous venons de voir combien il est parfois difficile de distinguer le directeur technique du directeur administrateur. On ne peut tracer entre ces deux agents une ligne de démarcation certaine, et il n'existe aucune différence essentielle entre leurs fonctions.

Dans ces conditions cette distinction, qui ne répond d'ailleurs à aucune nécessité pratique, ne paraît être qu'une pure subtilité.

A notre avis, la notion du directeur locateur de services devrait être généralisée. On peut faire valoir à l'appui de cette opinion tout d'abord une considération d'équité. Les fonctions du directeur général sont aussi absorbantes et exigent la même activité que celles du directeur technique. Ne serait-il donc pas de toute justice qu'il jouît au même titre que celui-ci des divers avantages accordés par la loi aux employés et la tendance de notre droit moderne n'est-elle pas de faire bénéficier tous les salariés des lois protectrices du travail (2)?

L'intérêt du directeur général est, du reste, parfaitement d'accord avec celui de la société. La perspective d'une

---

1. Voir notamment Trib. Com. Seine. 6 décembre 1905. *Gaz. du Palais*, 1907. 1. 626; *id.*, 15 janvier 1906. *Rev. Soc.* 1906. 249; et plus récemment Bordeaux, 26 juin et 19 juillet 1909. *Recueil de Bordeaux*, 1909. 1. 332.

2. En ce sens : Vavasseur, t. II, n° 797*quater*. — Cellerier, n°s 420 et suiv. — Crémieu, *Annales Dr. Com.* 1909.p. 481.

situation peu stable, que l'on peut se voir enlever du jour au lendemain et sans motifs, ne peut qu'éloigner de ces fonctions les hommes de valeur.

D'autre part, ces mandataires, trop facilement révocables, véritables jouets entre les mains du conseil d'administration ou de l'assemblée, ne peuvent bien souvent, pendant la durée de leurs fonctions éphémères, terminer certaines négociations, mener à bonne fin certaines entreprises, faire aboutir certaines réformes, qu'une direction de longue haleine eût permis de réaliser ; ainsi l'unité de vues et l'esprit de suite nécessaires à la bonne marche des affaires font trop souvent défaut.

Comment essaie-t-on de justifier la révocabilité *ad nutum* du directeur administrateur? Il est, dit-on, de l'intérêt supérieur de la société que le directeur soit à tout moment en conformité de vues avec le conseil. Un conflit entre le conseil d'administration et la direction pourrait entraver la marche des affaires et compromettre gravement la prospérité de la société. Or une société faisant appel au crédit public, l'intérêt public est en jeu et se confond avec celui de la société. Il faut donc non seulement que l'on puisse se débarraser à tout moment d'un directeur dont la gestion est mauvaise, mais que ce soit là une règle à laquelle il ne puisse être dérogé.

L'argument n'est certes pas dépourvu de valeur. Mais il serait peut-être facile de remédier au danger. Il suffirait d'enlever à la révocabilité *ad nutum* du directeur son caractère de principe d'ordre public et de donner aux

statuts le pouvoir de conférer à cet agent des pouvoirs irrévocables sauf motifs sérieux ou indemnité. Si réellement, à un moment quelconque, un conflit grave surgissait, la société n'aurait qu'à révoquer le directeur en lui payant l'indemnité prévue par le contrat.

C'est ainsi que les choses se passent en Allemagne (1) et l'on ne voit pas que la marche des sociétés en soit entravée ni que les intérêts sociaux aient à en souffrir.

Objectera-t-on encore que les administrateurs étant révocables *ad nutum*, il serait illogique de leur conférer le droit de déléguer à des tiers des pouvoirs irrévocables qu'ils ne possèdent pas? Il est facile de répondre que le conseil d'administration peut nommer les divers agents de la société et passer avec eux des contrats de louage de services non révocables *ad nutum ;* il peut traiter dans les mêmes conditions avec un directeur technique et lui confier ses pouvoirs très étendus. Pourquoi n'aurait-il plus ce pouvoir lorsqu'il s'agit du directeur général?

En Allemagne, le conseil de surveillance est révocable *ad nutum* et cependant il a le pouvoir de nommer le Vorstand dont les membres ne sont pas soumis à la même condition de révocabilité.

Et il est si vrai qu'en France cette distinction entre le directeur technique et le directeur général ne repose sur aucune considération rationnelle sérieuse, que la jurisprudence elle-même se laisse prendre à la subtilité de cette distinction.

1. Voir *infra*.

Ce n'est pas sans surprise en effet que, dans un arrêt de la Chambre criminelle du 8 mai 1903, on voit la Cour de cassation traiter le directeur général non pas comme un mandataire, mais comme un employé.

Elle punit l'abus de confiance commis par cet agent des peines de l'abus de confiance qualifié. Or le directeur étant un mandataire, ce sont les peines de l'abus de confiance simple qui auraient dû lui être appliquées (1).

C'est donc qu'aucune différence essentielle n'existe entre les deux fonctions, puisqu'une confusion peut se glisser jusque dans un arrêt de la Cour suprême.

Mais si sur ce point important une réforme nous paraît désirable, nous pensons que l'intervention du législateur serait nécessaire pour l'accomplir.

Nous avons vu plus haut cependant que M. Vavasseur est d'un avis contraire. Cet auteur estime que même en l'état de nos lois le directeur général est irrévocable sauf motifs sérieux. C'est à tort qu'on voudrait étendre à ce mandataire la révocabilité édictée par l'article 22 pour les seuls administrateurs, une pareille extension comportant, d'après lui, une addition au texte. Nous avons dit pourquoi cette opinion ne nous paraissait pas admissible.

---

1. Cassation, Ch. crimin., 8 mai 1903. Sirey, 1905, 1, 153, avec la note de M.-J.-A. Roux.

§ 4. — *Le délégué et le directeur sont-ils commerçants ?*

D'après l'article premier du Code de commerce : « Est commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. »

Mais à ces deux conditions expressément visées par la loi, on est d'accord pour en ajouter une troisième : pour être commerçant, il faut agir en son nom et pour son propre compte. C'est ainsi que le mandataire, agissant pour le compte et au nom de son mandant, ne peut être reputé commerçant (1).

Or, le directeur et l'administrateur délégué agissent au nom et pour le compte de la société dont ils sont les mandataires. Leur personnalité s'efface donc ; c'est la société elle-même qui exerce le négoce et qui, par suite, est commerçante.

On en déduit cette conséquence pratique importante : l'administrateur délégué et le directeur ne peuvent, en principe, être déclarés en faillite à raison des actes qu'ils accomplissent au nom et pour le compte de la société (2).

---

1. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 204. — Thaller et Percerou, t. I., n° 163.

2. En ce sens *Doctrine :* Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 204 *bis*. — Houpin, 4e édit. nos 605, 797 et 831. — Dal. *Repert. Sup.* Vo *Faillite*, n° 240. — Thaller et Percerou, t. I, n° 163 *bis*. — Perceron, note Dal. 1910. 1. 233 ; Cohendy et Darras, art. I, n° 44.

Jurisprudence : Trib. Com. Marseille, 26 août 1889 et 30 janvier

MM. Cohendy et Darras justifient d'une toute autre manière cette solution. Il leur paraît inutile d'ajouter une condition nouvelle à celles contenues dans le texte de l'article premier. A leur avis, si les mandataires, commis, directeurs et administrateurs délégués des sociétés anonymes ne sont pas commerçants, c'est parce qu'ils n'exercent pas la profession de commerçants ; leur profession consiste non pas à faire des actes de commerce, mais à fournir leurs services et à prêter leur activité à des tiers. Ils ne font pas des actes de commerce à titre de profession (1).

S'il existe des divergences dans la façon dont on le justifie, le principe lui même n'est pas contesté, et la jusrisprudence ne lui fait subir qu'une seule exception : c'est lorsque le directeur ou l'administrateur délégué agit sous le nom d'une société qu'il a constituée en vue de masquer des opérations personnelles sous l'apparence d'opérations faites au nom et pour le compte de cette société.

La Chambre des requêtes a jugé cette hypothèse dans un arrêt tout récent (2). Mais cette décision n'indique pas avec toute la netteté désirable pourquoi, dans l'espèce soumise à la Cour, le directeur de la société devait être

---

1890. *Journ. Soc.*, 1890, p. 271. — Trib. Com. de Gand, 15 décembre 1896 et Trib. de Charleroi, 27 février 1897. *Revue pratique des Sociétés de Belgique*, 1897, p. 211 et 213. — Angers, 29 mars 1898. *Recueil d'Angers*, 1898. 81. — Bordeaux, 19 janvier 1903. *Journ. Soc.*, 1904, p. 240.

1. Cohendy et Darras; art. 1er, n° 34.

2. Cass. req., 29 juin 1908. Dalloz, 1910. 1. 233.

réputé commerçant et pouvait être déclaré en faillite, bien qu'il n'eût pas agit en son nom et pour son propre compte.

Or, si l'on s'en réfère au droit commun, il existe deux hypothèses dans lesquelles une personne, bien qu'agissant au nom et pour le compte d'un tiers, doit être considérée comme commerçante ; c'est 1° quand elle agit par l'intermédiaire d'un prête-nom et 2° quand elle agit sous un nom simulé ou supposé.

Dans lequel de ces deux cas rentre l'hypothèse du directeur agissant au nom et pour le compte d'une société qui couvre en réalité ses opérations personnelles ? La question a son importance non seulement au point de vue juridique, mais encore au point de vue de l'appréciation morale du procédé, l'emploi d'un nom simulé étant un acte frauduleux et répréhensible, tandis que l'usage d'un prête-nom n'a rien en soi d'illégal.

Il semble de prime abord qu'il y ait lieu d'assimiler cette hypothèse au cas du prête-nom. La société n'est-elle pas en effet une personne morale, par conséquent un tiers, agissant en son nom pour le compte du directeur ?

Mais raisonner ainsi serait pousser trop loin la fiction de la personnalité morale. A la différence de la personne physique, la personne morale n'a pas de vie réelle propre. Quand une société a été constituée dans le seul but de masquer les opérations personnelles de son directeur, ne peut-on pas dire qu'il n'y a pas réellement l'interposition de personne qui constitue le prête-nom ? Il n'y a là vrai-

ment qu'une interposition frauduleuse, simulée et par conséquent une supposition de nom (1).

Avant la loi du 1er août 1893, la jurisprudence admettait une autre hypothèse dans laquelle l'administrateur délégué pouvait encourir la faillite. Les fondateurs et les administrateurs responsables de la nullité d'une société anonyme étaient tenus solidairement du passif social ; ils étaient assimilés à des associés en nom collectif et comme tels ils pouvaient être déclarés en faillite (2).

L'administrateur délégué participait à cette responsabilité solidaire avec toutes ses conséquences.

L'article 42 de la loi de 1867 déclarait, en effet, les fondateurs auxquels la nullité était imputable et les administrateurs en exercice au moment où elle était encourue solidairement responsables envers les tiers. La loi ne précisait pas de quelle responsabilité elle entendait parler ; mais la Cour de cassation l'étendait à la totalité du passif social. Les administrateurs devenaient ainsi de véritables associés en nom collectif et comme tels susceptibles d'être mis en faillite. Cependant, la plupart des auteurs protestaient contre ce système et limitaient, au contraire, la

---

1. En ce sens : Percerou, note Dalloz, 1910. 1. 233.

2. En ce sens : Cass. civ-, 27 janvier 1873. Dalloz, 1873, 1, 331.— Cass., 13 mars 1876. Dalloz, 1877. 1. 49. — *Id.* Req., 19 février 1884. Sirey, 1885. 1. 263. — Dalloz *Rép. suppl.* Vo *Faillite*, p. 295, note.

responsabilité au préjudice causé aux tiers par la nullité de la société (1).

La loi de 1893 a mis fin à la controverse en précisant l'étendue de la responsabilité des fondateurs et administrateurs et en la limitant au préjudice résultant pour les tiers de l'annulation de la société. N'étant plus tenus de la totalité du passif social, les administrateurs et fondateurs ne peuvent être assimilés à des associés en nom collectif ; on ne peut donc les considérer comme des commerçants, et la question de la possibilité de leur mise en faillite ne se pose même plus (2).

Bien que non-commerçants, la loi du 8 décembre 1883, à la suite de celle du 21 décembre 1871, range au nombre des électeurs et des éligibles aux tribunaux de commerce les directeurs des sociétés françaises anonymes de finance, de commerce et d'industrie (art. 1).

Le rapporteur de la loi de 1871 faisait déjà observer qu'une mention spéciale était nécessaire à cet effet, puisqu'il s'agissait de non-commerçants.

Depuis la loi du 1er août 1893 toutes les sociétés anonymes étant commerciales, leurs directeurs doivent, à notre avis, bénéficier de l'électorat et de l'éligibilité aux tribunaux de commerce, quel que soit l'objet de la société (3).

1. Voir Mouret, p. 218 et 219, § 205 et en note les références de doctrine et de jurisprudence.

2. En ce sens Thaller et Percerou, t. I, n° 163 *bis*.

3. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 361. — Cohendy et Darras, t. II, p. 303, n° 23.

La disposition de la loi de 1883 est applicable non seulement au directeur étranger au conseil, mais à l'administrateur délégué, auquel le législateur des sociétés attribue également la qualification de directeur (art. 22 de la loi de 1867).

« La qualité d'électeur au tribunal de commerce, *disent MM Lyon-Caen et Renault* (1), doit être reconnue à celui qui gère directement la société sous la surveillance immédiate du conseil d'rdministration, quand même il ne porterait pas le titre de directeur (2).

Mais il ne faudrait pas étendre le bénéfice de cette loi aux autres agents de la société, tels que le directeur technique et le gérant d'une succursale (3).

La pensée de la loi, en ouvrant aux directeurs des sociétés l'accès des tribunaux de commerce, a été d'appeler aux fonctions de juge consulaire des personnes ayant une connaissance approfondie des questions délicates que soulèvent presque toujours les procès relatifs aux sociétés.

---

1. T. I, n° 335, p. 361, note 4.

2. Voir dans le même sens Houyvet, p. 12. — Voir aussi Cassation, 7 juin 1902 ; Dalloz, 1902. 1. 463. — *Id.* 17 janv. 1903. Dalloz, 1903. 1. 125.

3. Douai, 8 février 1875 ; Sirey, 1875. 2. 131 ; Dalloz. 1875. 2. 174. — Orléans, 18 février 1875 ; Sirey, 1875. 2. 295 ; Dalloz, 1875. 2. 100. — Cass., 26 janvier 1886 ; Sirey, 1888. 1. 472 ; Dalloz, 1826. 1. 128. — *Id.*, 30 décembre 1889 ; Sirey, 1891. 1. 500 ; Dalloz, 1890. 1. 74.

C'est en effet devant la juridiction consulaire que se plaident la plupart de ces procès.

C'est ce qui explique que la loi ait refusé cette prérogative aux simples administrateurs. Ceux-ci, en effet, quelle que soit l'importance de leurs intérêts dans la société, ne possèdent pas, en général, la même expérience des affaires que les directeurs. Leur accès aux fonctions de juge consulaire n'offrirait donc pas, pour le recrutement des tribunaux de commerce, la même utilité.

Les conditions exigées par la loi pour l'exercice de cette double prérogative, relative à l'électorat et à l'éligibilité aux tribunaux de commerce sont les suivantes :

1° Les directeurs doivent avoir exercé leur fonctions pendant cinq ans au moins au 1er septembre, date où commencent les opérations de la formation et de la révision des listes électorales (1);

2° Ils doivent avoir rempli leurs fonctions sans discontinuité pendant le laps de temps prévu par la loi (2);

3° Ils doivent être domiciliés depuis cinq ans au moins dans le ressort du tribunal (loi du 8 décembre 1881, art. 1);

4° Enfin, pour être éligibles ils doivent être âgés de trente ans au moins (loi du 8 décembre 1881, art. 8).

Aucune autre condition n'est exigée par la loi. C'est ainsi qu'il n'est pas indispensable que les fonctions de

---

1. Cassation, 23 déc. 1891. Dalloz, 1892. 1. 272.
2. *Id.* 16 déc. 1904. *Rev. des Soc.*, 1905, 65.

directeur aient été remplies dans une seule et même société (1).

Il n'est pas non plus nécessaire que le directeur soit inscrit au rôle des patentes (2).

Si le directeur d'une société anonyme, qu'il soit pris dans le conseil ou en dehors de lui, n'est pas commerçant, quelle est du moins au point de vue de la commercialité le caractère du contrat qui le lie à la société? Est-ce un mandat civil ou un mandat commercial?

Ce contrat a un caractère double et il faut l'envisager sous une double face, par rapport à la société et par rapport au directeur. Pour la société, le mandat donné au directeur présente bien le caractère de la commercialité, puisque l'acte de la société se rattache à l'exercice de son commerce, à supposer que l'objet de ses opérations soit commercial. Il est à remarquer, d'ailleurs, que même pour les sociétés civiles à forme anonyme cet objet est réputé commercial.

Quant au directeur, il faut distinguer entre le directeur associé et le directeur étranger à la société.

Le premier, en acceptant le mandat qui lui est confié, agit dans l'intérêt de la société sans doute, mais il agit aussi dans son plus propre intérêt d'associé. Il fait donc un acte de commerce (3).

---

1. Même arrêt du 16 décembre 1904.
2. Cassation, 7 janv. 1902. Dalloz, 1902. 1. 463.
3. Voir en ce sens Dalloz. *Rép. Suppl.* V° *Compétence commerciale*, n° 95 et V° *Acte de commerce*, n° 414 et suivants.

Mais, par contre, le directeur étranger n'agit que dans l'intérêt exclusif de la société, dont les opérations ne l'intéressent pas personnellement, et l'on saurait attribuer au mandat qu'il a reçu un autre caractère que celui d'un acte purement civil.

De là découlent, au point de vue de la compétence, des conséquences importantes que nous signalerons ultérieurement.

CHAPITRE II

NOMINATION DE L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ ET DU DIRECTEUR

§ 1. — *Par qui et comment sont-ils nommés ?*

Le mode de nomination du directeur et de l'administrateur délégué est fixé par le pacte social, auquel le législateur a laissé à cet égard la plus grande latitude.

C'est le plus souvent au conseil d'administration qu'est confié le choix de ces mandataires, qui seront normalement ses agents d'exécution, et dans les statuts des sociétés anonymes figure, en général, une clause de ce genre, qui est presque devenue une clause de style :

« Le conseil d'administration est autorisé à déléguer tels de ses pouvoirs qu'il jugera utiles à un ou plusieurs de ses membres ou à un ou plusieurs directeurs, comme aussi à donner des mandats déterminés à telles personnes qu'il avisera. »

Toutefois les statuts peuvent attribuer cette nomination

à l'Assemblée générale. Cela se produit surtout dans l'hypothèse où les pouvoirs conférés à ces mandataires sont distincts de ceux du conseil d'administration et où la situation qui leur est faite est parallèle à celle du conseil et indépendante de lui.

Enfin, l'administrateur délégué ou le directeur peuvent être désignés par le pacte social lui-même. Un commerçant qui est à la tête d'une affaire déjà lancée et prospère la cède, par exemple, à une société en formation, un fondateur de la société lui fait l'apport de ses usines ou de son industrie, un directeur négocie la fusion de sa société avec une autre société. Ces personnes croient se ménager une situation plus sûre et se mettre à l'abri des risques en imposant à la société nouvelle leur nomination statutaire aux fonctions de directeur ou d'administrateur délégué. Le calcul n'est pas d'ailleurs des plus sûrs puisque ces mandataires, même lorsqu'ils sont nommés par les statuts, ne sont pas à l'abri d'une révocation arbitraire.

Les pouvoirs des statuts, relativement au mode de nomination de l'administrateur délégué ou du directeur, sont donc des plus larges. Il existe cependant une hypothèse où ces pouvoirs nous paraissent devoir subir une restriction.

Il peut arriver, nous l'avons dit, que les statuts prévoient à côté du conseil d'administration, un directeur avec des pouvoirs spéciaux, distincts et indépendants de ceux du conseil. Le directeur constitue alors un organe de l'administration juxtaposé au conseil. Il est, dans la limite des

pouvoirs qui lui sont confiés, un véritable administrateur, mandataire direct de la société. Il semble donc conforme à l'esprit de l'article 25 de la loi de 1867 qu'il soit désigné de la même façon que les administrateurs ordinaires, c'est-à-dire par les statuts ou par l'Assemblée générale.

L'article 22 de la même loi permet, il est vrai, au conseil d'administration de prendre un directeur. Mais, quelle est donc exactement la faculté qui lui est concédée par ce texte ? Il ne peut s'agir, à notre avis, que d'une délégation par le conseil de ses propres pouvoirs, c'est-à-dire d'une substitution de mandat. La stipulation assez fréquente des statuts, qui tout en déterminant les pouvoirs du directeur, différents de ceux du conseil, attribuerait à ce dernier sa nomination, devrait donc être considérée comme irrégulière (1).

Nous avons supposé, jusqu'à présent, que le directeur était nommé par les statuts ou que, du moins, le pacte social fixait le mode de sa nomination. Mais, en l'absence de dispositions spéciales des statuts à cet égard, l'Assemblée générale ou le conseil pourraient-ils nommer des directeurs? La question ne paraît pas douteuse pour l'Assemblée générale. Elle représente, en effet, l'ensemble des associés et elle exprime la volonté sociale ; elle peut donc donner à la société tels mandataires que bon lui semble (2).

---

1. En ce sens : Houpin. *Journal des Sociétés* 1904. 289. En sens contraire Mouret, p. 249.

2. Maureil-Deschamps, p. 83.

Quant au conseil d'administration, ce droit lui a été contesté d'une façon complète. Mais il faut distinguer : en effet, en présence des termes précis et formels de l'art. 22 : « Ils peuvent choisir parmi eux un directeur etc. », il est une faculté qu'il ne paraît pas possible de lui refuser, celle de déléguer ses pouvoirs à un de ses membres.

Une pareille délégation donnée dans le silence des statuts, affirme M. Vavasseur, ne serait pas valable et les tiers seraient en droit de la méconnaître en refusant de traiter avec ces prétendus délégués. En effet, le mandat des administrateurs doit être regardé comme personnel et par conséquent comme intransmissible (1).

Cette opinion, peu suivie d'ailleurs, heurte manifestement la disposition de l'article 22.

On doit même aller plus loin et nous sommes d'avis que non seulement, pour qu'une délégation par le conseil d'administration soit possible, il n'est pas nécessaire d'une clause spéciale des statuts qui l'autorise, mais même que le pacte social ne pourrait supprimer la possibilité pour le conseil de choisir parmi ses membres un administrateur délégué. La clause portant cette interdiction serait, en effet, contraire au texte formel de l'article 22 ; elle serait donc nulle aux termes de l'article 41 et entraînerait même la nullité de la société.

Mais si, même dans le silence des statuts, le conseil peut nommer un administrateur délégué, il ne pourrait,

---

1. T. II, n° 805. Dans le même sens Maureil-Deschamps, p. 83.

nous le verrons plus loin, appeler un étranger à la direction de la société que s'il y était autorisé par le pacte social (1).

Il n'y a pas, à moins de clauses contraires dans les statuts, de règle de forme spéciale à la nomination du délégué ou du directeur. La délibération de l'assemblée ou du conseil qui la contient est soumise aux mêmes conditions que les délibérations ordinaires, tant en ce qui concerne le nombre des membres présents, que le quorum nécessaire pour constituer la majorité.

A propos de la délibération, soit du conseil d'administration, soit de l'Assemblée générale nommant le directeur ou l'administrateur délégué, se pose une question d'un grand intérêt pratique.

Cette délibération doit-elle être publiée pour devenir opposable aux tiers?

L'article 55 prévoit, en matière de sociétés anonymes, une double publication:

1° Dépôt au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu où la société est constituée, dans le mois de sa constitution, d'un double ou d'une expédition de l'acte constitutif et des pièces annexées (art. 55, loi de 1867);

2° Publication dans un journal d'annonces légales d'un extrait des statuts et des pièces annexées.

Et l'article 55 précise les mentions que doit contenir

1. V. *Infra*, p. 46 et suiv.

cet extrait : il doit porter notamment la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société.

D'autre part, d'après l'article 61, doivent être soumis aux mêmes formes de publicité tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts.

Il semblerait donc résulter de ces deux textes combinés que le nom des administrateurs ne doit être porté à la connaissance du public que lorsqu'ils ont été nommés par les statuts.

De même à chaque changement d'un ou de plusieurs administrateurs nommés par les statuts, ce changement devrait être porté à la connaissance du public (art. 61), de telle sorte que les nouvelles nominations d'administrateurs ne devraient être publiées que quand les premiers administrateurs sont nommés par les statuts.

Si l'on s'en tient au texte de la loi, ces déductions paraissent nécessaires. Cependant, l'intention du législateur ne paraît pas douteuse et il a très certainement entendu, quoi qu'il ne l'ait pas dit expressément, que le public, que les tiers qui traitent avec la société puissent connaître à tout moment ceux qui ont pouvoir de traiter en son nom.

Il est indispensable, pour cela, que toutes les délibérations contenant la nomination d'un ou plusieurs administrateurs soient portées à la connaissance des tiers par voix de publication (1).

1. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, *Des Sociétés*, p. 650,

Or, ce qui est vrai pour un administrateur l'est à plus forte raison pour l'administrateur délégué ; c'est avec lui, en effet, que les tiers sont le plus souvent en rapport, puisque c'est lui, nous le verrons plus loin, qui traite habituellement toutes les affaires courantes de la société.

On doit donc admettre que pour être opposable aux tiers la nomination du directeur ou de l'administrateur délégué doit être publiée dans les formes prévues par les articles 55 et 56 de la loi de 1867.

Il serait même prudent, à notre avis, que la publication contînt la copie intégrale de l'acte social portant cette nomination (1).

La nécessité de la publication dans les rapports de la société avec les tiers a été reconnue par un arrêt intéressant rendu tout récemment par la Cour d'Aix dans l'espèce suivante (2).

Un tiers était porteur de traites acceptées par le directeur et président du conseil de la société. Les traites furent présentées à la société qui refusa d'y faire honneur, soutenant que le directeur n'avait pas le pouvoir d'engager la société, une délibération du conseil d'administration ayant délégué expressément l'un de ses membres pour donner la signature sociale. Le porteur répondait que cette délibération ne lui était pas opposable, parce qu'elle n'avait pas

---

nº 776. — Rousseau, t. I, nº 468. — Houpin, t. II, nº 1039. — Vavasseur, t. II, nº 1014, 1033 et notes. — Pont, t. II, nº 1217.

1. Cf. Le Couturier, p. 292, nº 189.

2. Aix, 4 juillet 1906. *Gazette Commerciale de Lyon*, 29 mai. 1907.

reçu la publicité exigée par la loi ; qu'en fait c'était un usage adopté, avant et après les acceptations litigieuses, de faire signer le directeur quand il s'agissait d'opérations intéressant la société.

Le tribunal de commerce de Marseille (1) et sur appel, la Cour d'Aix ont fait droit à la demande du tiers porteur et décidé que la délibération non publiée du conseil d'administration, ne pouvait pas être opposée au tiers porteur des lettres de change. Le tribunal de Marseille avait même admis à son profit une présomption légale d'ignorance et de bonne foi n'admettant pas la preuve contraire. La Cour d'Aix a corrigé ce que cette thèse avait d'excessif et a simplement estimé que les débats et les éléments de la cause n'avaient pas détruit cette présomption invoquée par le demandeur (2).

§ 2. — *Qui peut être nommé administrateur délégué ou directeur*

A. — Une personne étrangère a la société peut-elle être appelée a ces fonctions ? — 1° *Par le conseil d'administration ?* — Si l'on est d'accord sur le sens et la portée de la première partie de l'article 22, § 2 :

« Ils peuvent choisir parmi eux un directeur », on est

---

1. 24 juillet 1905. *Ibidem.*

2. Cette question se rattache à la question plus générale des abus de la raison sociale qui sera étudiée plus loin.

loin de s'entendre sur l'interprétation de la partie finale : « Ou si les statuts le permettent, il peuvent se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils seront responsables envers elle. »

Les Travaux Préparatoires eux-mêmes sont assez obscurs et ils ne permettent pas de dissiper la confusion à laquelle a donné lieu l'interprétation de ce texte, le plus malencontreux de la loi, dit avec raison M. de Courcy.

Voici les deux systèmes qui divisent actuellement la doctrine. Pour les uns (1), l'article 22 signifie ceci :

1° En principe, et si les statuts sont muets sur ce point, le conseil d'administration ne peut choisir un directeur que parmi ses membres ;

2° Au contraire, si une clause des satuts le permet, le directeur, que la loi désigne sous le nom de mandataire substitué, peut être pris en dehors de la société.

Certains auteurs (2) voient au contraire dans le mandataire substitué dont parle l'article 22 tout autre chose que le directeur étranger au conseil. D'après eux, ce serait non plus le conseil d'administration tout entier et pris dans son ensemble qui pourrait ainsi se substituer un mandataire, ce serait chaque membre du conseil d'administration pris en particulier qui aurait ce droit, de telle sorte que chaque administrateur pourrait déléguer quelqu'un au

---

1. Thaller, 2e édit., n° 654.

2. Rousseau, t. I, n° 2292. — Lyon-Caen et Renault, t.II, no 838. — Houpin, t. II, n° 840. — Pont, t. II, n° 717.

sein du conseil, ce quelqu'un siégeant à sa place et lui servant en quelque sorte de doublure.

Ainsi, il pourra être permis aux administrateurs élus, *dit M. de Courcy*, de déserter leur mandat, d'aller habiter la province ou l'Amérique en se substituant un étranger, en se donnant un remplaçant...' Cette faculté pourra être *individuelle*, aussi bien que collective ; le texte ne fait aucune distinction. Un administrateur en voyage ou indisposé, ou tout simplement qui est parti pour la chasse n'aura, s'il ne veut pas perdre ses jetons de présence qu'à envoyer son secrétaire siéger à sa place... Les conseils seront toujours au complet ; seulement, l'été, pendant les bains de mer, il arrivera qu'ils ne seront composés que de doublures (1).

Quant à expliquer leur interprétation, beaucoup d'auteurs ne le font pas. Le seul argument sérieux qu'ils font valoir dans le sens de cette deuxième opinion est tiré des paroles suivantes prononcées au Sénat par le ministre de la Justice, lors de la discussion de la loi.

Si les administrateurs veulent déléguer leur droit d'administrateurs, entendez-vous ? non pas leur droit de directeur de l'exploitation, mais leur droit d'administrateurs, s'ils veulent le déléguer à un tiers, même étranger à la société, le contrat pourra le leur permettre... S'il le permet, ils peuvent déléguer

1. Voir de Courcy, p. 28 et suiv.

leur droit d'administrateur à qui bon leur semblera, mais sous leur responsabilité. La personne qu'ils auront choisie sera administrateur à leur lieu et place. Mais de même qu'ils sont responsables de leur gestion personnelle, ainsi ils le sont également de celle de leur représentant (1).

Mais ces paroles sont loin d'avoir la précision et le sens exact qu'on veut leur donner. Il y est question, non pas d'un administrateur en particulier, mais des administrateurs. Cependant, il s'agit de prouver que chaque administrateur pris séparément a le droit de se substituer un tiers qui siègera à sa place au conseil.

Et d'autre part cette faculté de substitution, ainsi entendue, n'a-t-elle pas quelque chose de tellement exorbitant, qu'on a peine à croire qu'elle ait pu être dans la pensée de la loi?

La nomination des administrateurs est fondée sur l'*intuitus personæ*. Si telle personne est élevée à ces fonctions c'est parce qu'elle présente une compétence spéciale, une garantie de moralité et de probité que telle autre peut ne pas avoir.

Un administrateur, *dit Thaller*, ne peut désigner un tiers qui le remplacerait au conseil d'administration. Chacun d'eux a été désigné par l'assemblée à raison de sa clairvoyance personnelle et des moyens qu'il a d'éclairer les autres. Cette qualité ne se délègue point (2).

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 718, n. 1.
2. *Traité de Droit commercial*, n° 654.

Du jour où chaque administrateur aurait usé de la faculté de substitution lui appartenant, du jour où le conseil ne se composerait plus que de doublures, que deviendrait le vœu de la loi, que deviendrait la volonté des associés d'être administrés par des personnes de leur choix ?

La pratique n'offre d'ailleurs pas d'exemple de mandataires substitués à un administrateur au sein du conseil.

A s'en tenir au texte même de l'article 22, l'interprétation que nous adoptons ne paraît pas douteuse. « Ces mandataires (c'est-à-dire le conseil pris dans son ensemble) peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer, etc. » C'est donc bien, à s'en tenir grammaticalement au texte, le conseil lui-même pris dans son ensemble qui peut choisir parmi ses membres un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société, cette dernière faculté concédée à l'ensemble des administrateurs parallèlement à la première.

Quand aux Travaux Préparatoires ils ne sont, nous l'avons dit, que d'un faible secours pour éclairer la difficulté.

Toutefois, du commentaire de MM. Mathieu et Bourguignat (1) il semble bien résulter que le rapporteur de la loi a eu en vue dans la partie finale de l'article 22 une faculté accordée à l'ensemble du conseil parallèlement à celle lui permettant de prendre un directeur dans son sein.

C'est dans ce sens que la jurisprudence interprète la dis-

1. N° 172. Vo aussi Dalloz, 1867. 4. 110, note 1.

position finale de l'article 22 et c'est sur cet article qu'elle s'appuie pour prononcer la nullité de la nomination d'un directeur étranger à la société quand elle n'est pas autorisée par les statuts (1).

La sanction d'une nomination irrégulière est, en thèse générale, la nullité de la nomination. Mais s'il s'agissait du premier directeur, pris en dehors de la société sans que les statuts le permettent, la sanction serait beaucoup plus rigoureuse, l'irrégularité de sa nomination entraînerait la nullité de la société.

La Cour de cassation justifie la rigueur de cette solution en s'appuyant sur la combinaison des articles 22 et 41 de la loi de 1867 (2); ce dernier article prononce en effet la nullité de toute société constituée en violation des dispositions de l'article 22.

Dans l'espèce soumise à la Cour, les statuts de la Société portaient la clause suivante :

La société est gérée par un directeur qui est choisi par le conseil d'administration et qui peut être pris parmi les administrateurs ou parmi les actionnaires. Le directeur doit être propriétaire de 25 actions au moins.

Or, le premier directeur de la société n'était pas associé au moment de sa nomination. La Chambre civile a estimé

---

1. Trib. civil de la Seine, 17 avril 1896. *Le Droit*, 2 juillet 1896. — Cass. Ch. civ., 13 mai 1892. *Rev. Soc.*, 1892, p. 339. Dalloz 1893. 1. 326.

2. Cass. Ch. civ., 13 mai 1892, précité.

que sa nomination était irréguliere et que cette irrégularité avait pour conséquence la nullité de la société.

Si le directeur étranger à la société, nommé irrégulièrement, devenait actionnaire postérieurement à sa nomination, mais avant son entrée en fonctions, l'irrégularité serait couverte. C'est aussi à l'époque de l'entrée en fonction qu'il faut se placer pour voir si le directeur remplit bien les autres conditions requises par les statuts notamment en ce qui concerne le nombre d'actions dont il doit être propriétaire (1).

Il convient enfin de remarquer, ce qui vient compliquer encore l'interprétation de l'article 22, que l'antithèse entre ses deux termes n'est pas absolue. Entre le directeur étranger à la société et le directeur pris dans le conseil, on peut concevoir un directeur qui serait simplement actionnaire de la société. Cette nomination est-elle possible à défaut d'être autorisée par les statuts ? La discussion de la loi n'a pas apporté sur ce point des lumières bien précises. D'une réponse faite par le rapporteur à M. le baron de Beauverger, il semble résulter que l'autorisation des statuts est nécessaire pour que le mandataire substitué du conseil puisse être choisi par lui parmi les simples action-

---

1. Même arrêt. La même règle s'applique aux administrateurs. Voir en ce qui les concerne : Lyon, 2 mars 1883. *Rev. Soc.*, 83. 357. — Trib. Seine, 12 juillet 1888. *Journ. Soc.*, 90. 296. — Paris, 12 déc. 1889. *Journ. Soc.*, 91. 18. — Paris, 3 février 1891. *Journ. Soc.*, 93. 402. — Alger, 20 déc. 1890. *Journ. Soc.*, 91. 280. — Trib. Seine, 25 juin 1894. *Journ. Soc.*, 95. 48.

naires (1). Mais ailleurs, répondant à une observation de M. de Lanjuinais et précisant le sens des mots « étranger à la société », le rapporteur déclarait que ces mots s'appliquaient non seulement à celui qui n'a la propriété d'aucun titre mais également à celui qui, possédant une ou plusieurs actions, n'a pas la quantité de titres exigés par les statuts pour remplir de plein droit les fonctions de membre du conseil d'administration (2). Avec cette dernière interprétation les administrateurs pourraient donc dans le silence des statuts, prendre un directeur non seulement parmi eux, mais encore parmi les actionnaires possédant une quantité de titres suffisants pour être administrateurs.

2° *Par l'Assemblée générale ou par les statuts* ? — Si, pour prendre un directeur en dehors de la société, le conseil d'administration doit y être autorisé par le pacte social, que faut-il décider en ce qui concerne l'Assemblée générale ou le pacte social lui-même ? Le pouvoir de choisir un directeur étranger à la société leur appartient-il ?

Deux hypothèses doivent être distinguées.

S'agit-il d'un directeur dont les pouvoirs font partie de ceux qui appartiennent au conseil d'administration, les statuts peuvent toujours le choisir en dehors de la société et l'Assemblée générale le peut aussi, quand les statuts le permettent. Dans ce cas, les statuts ou l'assemblée ne font

---

1. Dalloz, 1867. 4. 110 note 1.
2. Mathieu et Bourguignat, p. 150, n° 178.

en somme qu'exercer la faculté de délégation appartenant au conseil.

S'agit-il au contraire du directeur dont nous avons eu l'occasion de parler plus haut, qui a des pouvoirs distincts de ceux du conseil et qui joue dans la gestion de la société un rôle en quelque sorte parallèle au sien, ce directeur ne nous paraît pas pouvoir être pris en dehors de la société, même par les statuts. A ce point de vue il doit être assimilé aux administrateurs, lesquels ne peuvent être choisis que parmi les actionnaires.

B. — Incompatibilités et incapacités. — Il n'existe, relativement aux fonctions d'administrateur délégué et de directeur, aucune incompatibilité spéciale. Toute personne pouvant faire partie du conseil d'administration d'une société anonyme peut être nommée à ces fonctions.

Nous retrouvons donc ici les mêmes incompatibilités que pour les administrateurs ordinaires.

Les militaires de tous grades, les notaires ne peuvent faire partie d'un conseil d'administration ni par suite recevoir une délégation du conseil. Aucune incompatibilité n'existe à l'égard des officiers ministériels autres que les notaires.

En ce qui concerne les avocats, on trouve dans le règlement de certains barreaux, par exemple, dans celui du barreau de Paris (1), une interdiction spéciale relative aux

1. Décision de l'ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris, 27 juin 1865 citée dans Dalloz, *Supp. Rép.* V° *Sociétés*, n° 1471.

fonctions d'administrateurs des sociétés anonymes. Cette interdiction se rattache à celle plus générale visant le mandat salarié. La violation de ce règlement n'est, bien entendu, susceptible que d'entraîner, le cas échéant, des peines disciplinaires (1). Dans la très grande majorité des barreaux de province aucune incompatibilité de ce genre n'existe.

Quant aux membres du Parlement, il leur est interdit, sous peine de déchéance de leur mandat, d'accepter les fonctions d'administrateur d'une société de chemin de fer (2), de la compagnie transatlantique (3), de gouverneur et de sous-gouverneur de la Banque de France (4).

La question de l'incompatibilité entre le mandat de député et de sénateur et les fonctions de directeur des sociétés a été posée bien des fois devant le Parlement et elle a donné lieu, au cours des dernières législatures, à un très grand nombre de projets ou de propositions de lois.

Mais malgré la fréquence avec laquelle elle a été posée, cette question n'a jamais reçu de solution. Chaque fois elle a paru se heurter à de graves difficultés.

Les diverses propositions de lois qui ont été déposées peuvent être rangées en trois groupes : elles visent, en

---

1. Dalloz, *Supp. Rép.* V° *Sociétés*, n° 1471. — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 816. — Houpin, t. I, n° 420.
2. Loi du 20 novembre 1883, art. 5.
3. Loi du 10 juillet 1898, art. 3.
4. Loi du 16 novembre 1897, art. 3.

effet, l'incompatibilité entre le mandat de député ou sénateur et celui de directeur, de membre du conseil d'administration ou de représentant, soit des établissements financiers, commerciaux ou industriels dans lesquels ces fonctions sont à la nomination de l'État (1), soit des mêmes établissements subventionnés par l'état, ou ayant obtenu une concession de l'État, ou même ayant passé un contrat avec l'État (2) soit enfin des établissements financiers, commerciaux ou industriels en général (3).

Renvoyées à la commission du suffrage universel, ces diverses propositions ont été rapportées le 27 mai 1909 par M. Labori, qui déposa au nom de cette commission une proposition de loi dont l'article 22 est ainsi conçu :

L'exercice du mandat de sénateur et de député est incompatible :

1° Avec les fonctions de gouverneur, sous-gouverneur, directeur ou administrateur de tous établissements financiers,

---

1. 28 avril 1894. Proposition Pierre Richard et Ernest Roche. — 6 juillet 1895, Chabrié et Bazille. — 28 janvier 1897, Milliès-Lacroix. — 25 mars 1899, Coutant et plusieurs de ses collègues. — 28 nov. 1902, Jules Auffray et plusieurs de ses collègues. — 1er déc. 1902, Coutant et plusieurs de ses collègues. — 12 juillet 1906, Coutant et plusieurs de ses collègues. — 8 février 1909, Pozzi et Lenoir.

2. Voir note précédente.

3. 20 oct. 1888, proposition Antide Boyer. — 1er juin 1895, Marcel Habert. — 24 mars 1899, Pierre Berthon. — 26 juin 1902, Georges Berry. — 23 janv. 1906, Zévaès et plusieurs de ses collègues. — 26 mars 1906, Georges Berry. — 15 janv. 1909, Zévaès et plusieurs de ses collègues.

commerciaux ou industriels, lorsque lesdites fonctions sont à la nomination du gouvernement ;

2° Avec celles de directeur, administrateur ou censeur d'un établissement financier, commercial ou industriel subventionné par l'État.

Les personnes élues sénateurs ou députés et occupant l'une des fonctions visées au présent article devront, dans les huit jours qui suivront la vérification de leurs pouvoirs, opter entre l'acceptation de leur mandat et la conservation de leurs fonctions. A défaut d'option, elles seront de plein droit déclarées démissionnaires par l'assemblée à laquelle elles appartiennent.

Sera déchu de son mandat, tout député ou sénateur qui, au cours de ce mandat, acceptera l'une desdites fonctions.

C'est, à notre avis, tout ce qu'il est possible de faire dans cet ordre d'idées. Comme l'indiquait M. Labori dans son rapport, interdire d'une manière générale et absolue le mandat législatif aux administrateurs et directeurs d'établissements industriels, commerciaux ou financiers aurait pour effet de fermer l'accès du Parlement à certains hommes considérables par leur expérience, leur honorabilité et leur talent, sans aucun profit pour la moralité publique.

Notre législation ne prévoit aucune incompatibilité entre les fonctions d'administrateur délégué ou de directeur exercées concurremment par la même personne dans deux sociétés différentes et ce cumul est chez nous d'une

pratique courante. C'est même bien souvent parce que telle personne a la direction d'une société qu'elle sera appelée aux mêmes fonctions dans une autre société, avec laquelle la première est en relations d'affaires.

Cette pratique ne va pas sans inconvénients ni sans dangers et elle donne lieu à un mélange d'intérêts pernicieux à la bonne administration des sociétés. Aussi, est-elle interdite par un certain nombre de lois étrangères, en particulier par la loi allemande (1).

Il n'existe non plus aucune condition spéciale de capacité.

Un étranger, un failli non réhabilité pourraient être valablement nommés administrateurs délégués.

Un incapable même pourrait être nommé délégué ou directeur ; mais sous cette restriction qu'il ne s'obligerait lui-même personnellement vis-à-vis de la société que dans les limites de sa capacité (art. 1990).

L'hypothèse est d'ailleurs purement théorique, aucune société ne s'étant jamais avisée de confier ses intérêts à des mineurs ou à des interdits.

§ 3. — *Pour combien de temps peuvent-ils être nommés ?*

On est d'accord pour faire l'application à l'administrateur délégué et au directeur des règles établies par la loi

1. *Vide Infra.* — Le cas du directeur de deux sociétés traitant des affaires entre ces deux sociétés se rattache à la théorie du selbscontrat qui sera étudiée plus loin.

de 1867 relativement aux administrateurs ordinaires et pour les mêmes raisons qu'on leur étend les règles qui concernent la révocabilité *ad nutum* des administrateurs.

Si donc leur nomination est contenue dans les statuts, la durée de leurs fonctions ne peut excéder trois ans ; si elle est faite par l'Assemblée générale ou par le conseil d'administration, elle ne peut l'être que pour une durée de six ans.

D'ailleurs, l'administrateur délégué et le directeur sont toujours rééligibles, à moins que les statuts ne s'y opposent (art. 25).

Quelle est la sanction des règles qui viennent d'être posées ?

D'après MM. Lyon-Caen et Renault, ce serait dans tous les cas la réduction de la durée des fonctions à la durée légale. Ainsi, si le directeur nommé par les statuts l'était pour quatre ans, sa nomination ne serait valable que pour trois ans.

Ces auteurs tirent argument en ce sens de l'article 1660, qui prévoit que dans la vente à réméré la faculté de rachat ne peut pas être stipulée pour un terme excédant cinq ans et que si elle a été stipulée pour une durée plus longue elle doit être réduite à cinq ans (1).

La sanction proposée par MM. Lyon-Caen et Renault nous paraît exacte en thèse générale, quoique leur argumentation en ce sens ne nous satisfasse pas pleinement.

---

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 689, no 813.—De Courcy, p. 187 et 188.

Mais lorsque les premiers directeurs ou administrateurs délégués sont désignés par les statuts ou par l'Assemblée constitutive qui nomme les premiers administrateurs, leur nomination pour une durée excédant la durée légale n'entraînerait rien moins qne la nullité de la société. La combinaison des articles 25 et 41 conduit rigoureusement à cette solution.

La société serait pour la même raison entachée de nullité si le pacte social concédait, soit à l'Assemblée générale, soit au conseil d'administration, le pouvoir de nommer les directeurs ou les délégués pour une durée supérieure à six ans (1).

---

1. Houpin, nº 780, n. 1.

CHAPITRE III

POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ ET DU DIRECTEUR

SECTION PREMIÈRE

ÉTENDUE ET DÉLIMITATION DE LEURS POUVOIRS

§ 1. — *Par qui la direction est-elle organisée et ses pouvoirs fixés?*

Les statuts ont toute latitude à cet effet. Le plus souvent, en attribuant, soit au conseil d'administration, soit à l'Assemblée générale, la nomination des directeurs, le pacte social leur laisse le soin de fixer et de déterminer l'étendue de leurs attributions.

Il autorise par exemple, et c'est-là, nous l'avons vu, une clause très fréquente dans les statuts des sociétés anonymes, le conseil d'administration à déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs de ses membres ou à un ou plusieurs directeurs.

Dans cette hypothèse, c'est l'acte de nomination des directeurs qui déterminera leurs pouvoirs, le conseil jouissant alors de la plus entière liberté pour fixer, dans la limite de ses propres attributions, les pouvoirs de ses mandataires.

Nous avons admis que, dans le silence des statuts, l'Assemblée générale aussi bien que le conseil aurait le droit de nommer des directeurs. Ce droit entraîne comme corollaire obligatoire celui de leur conférer certaines attributions.

Mais les statuts pourraient-ils interdire au conseil ou à l'assemblée la faculté de déléguer leurs pouvoirs à des directeurs? Il est permis d'en douter en ce qui concerne tout au moins le droit du conseil d'administration de déléguer ses pouvoirs à l'un de ses membres. L'article 22 de la loi de 1867 édicte, en effet, que les administrateurs peuvent prendre parmi eux un directeur, et d'autre part l'article 41 prononce la nullité de toute société constituée en violation des dispositions de l'article 22. Ne résulte-t-il pas de là qu'il n'appartient pas au pacte social de déroger à l'une quelconque de ces dispositions, et en particulier à celle visant la délégation des pouvoirs du conseil?

Toutefois les statuts pourraient, à notre avis, subordonner cette faculté à certaines restrictions et stipuler par exemple que tels ou tels des pouvoirs du conseil ne pourront faire l'objet d'une délégation, même à un de ses membres. Une clause de ce genre n'a pas pour effet de supprimerla faculté de délégation et elle nous paraît licite.

§ 2. — *Organisation et pouvoirs de la direction*

Le plus souvent il n'existe dans la société qu'un seul directeur ou administrateur délégué. Quelquefois cependant les pouvoirs de la direction sont divisés et elle se compose de plusieurs membres. Dans ce cas, l'organisation peut être faite de l'une des deux façons suivantes :

1° Chaque directeur peut avoir des fonctions distinctes, indépendantes de celles de ses collègues et dans la sphère desquelles il ne relève que de l'Assemblée générale ou du conseil d'administration. L'un sera chargé par exemple de la partie technique et industrielle, l'autre de la partie commerciale. Il importe alors de définir nettement les pouvoirs de chaque directeur afin d'éviter les conflits d'attributions ;

2° Quelquefois aussi, mais c'est beaucoup plus rare dans la pratique des sociétés françaises, alors au contraire que c'est d'un usage très fréquent en Allemagne, la direction se compose de plusieurs membres chargés concurremment de l'ensemble des affaires sociales. C'est ce qu'on appelle le *Comité de direction*. Dans ce cas, les décisions sont prises en commun et elles ne sont valables et exécutoires que si elles réunissent l'approbation de tous les membres du comité.

Quels vont être les pouvoirs des membres de la direction ? Le conseil délègue ordinairement à ses mandataires substitués la plus grande partie de ses attributions. Il ne

garde par devers lui que le pouvoir d'autoriser les actes les plus importants, comme les aliénations, les emprunts, les constitutions d'hypothèques. Tous les actes d'administration courante rentrent dans les pouvoirs ordinaires et normaux de la direction.

Le directeur surveille les usines, a la haute main sur le personnel qu'il a le droit de recruter et de rémunérer, il correspond avec les tiers, avec lesquels il est directement en contact et vis-à-vis desquels il représente la société, négocie les marchés, fait les approvisionnements, etc.

Il occupe donc dans la direction générale des affaires une place prépondérante et c'est lui qui exerce la véritable gérance de la société. Il est le chef économique de l'entreprise et son rôle peut être rapproché de celui du gérant dans la commandite.

D'autre part, grâce à sa situation même et à la connaissance parfaite des opérations de la société que lui donne sa gestion effective et son intervention journalière dans les affaires, il acquiert beaucoup d'ascendant et d'autorité sur le conseil qui, aux heures graves, s'en remet bien souvent à lui pour les décisions à prendre.

L'histoire des sociétés anonymes nous montre que les directeurs ont parfois abusé de cette influence et la plupart des grands désastres financiers qui se sont produits depuis trente ans sont dus à la prédominance et à l'autorité sans contrôle qu'avaient su prendre certains directeurs, esprits puissants, mais qui n'avaient pas su mesurer

leurs conceptions hardies ou leurs vastes spéculations aux ressources de la société.

Aussi les fondateurs de sociétés, éclairés par l'expérience, s'efforcent-ils souvent de mettre un obstacle aux abus de puissance des directeurs : c'est ainsi que l'on voit figurer dans les statuts de plusieurs sociétés récentes une clause spéciale nécessitant pour engager la société la signature de deux administrateurs.

Etant donné que c'est le directeur ou l'administrateur délégué qui gère la société et qui l'administre effectivement, en quoi le rôle du conseil d'administration va-t-il donc consister ?

Le conseil conserve ordinairement le pouvoir d'autoriser les actes les plus importants, ceux qui entament le capital social ou doivent grever lourdement la société, tels que les aliénations immobilières et les emprunts.

Il possède, en outre, un droit de surveillance et de contrôle sur tous les actes de ses mandataires substitués et il est responsable des fautes qu'ils commettent dans leur gestion. Ce pouvoir de contrôle est d'ailleurs le seul dont il ne pourrait valablement se dépouiller. Il doit fournir des responsables. Or, s'il pouvait abdiquer son droit de contrôle, la responsabilité qui en est la contre-partie disparaîtrait (1).

Ce pouvoir de contrôle et de surveillance, créateur des responsabilités, s'exerce, sauf stipulation contraire des statuts, même lorsqu'il s'agit d'un directeur nommé par

1. Vavasseur, n° 801.

l'Assemblée générale ou d'un directeur statutaire, et il est bien rare qu'il soit fait aux directeurs non désignés par le conseil une situation absolument indépendante de lui et l'affranchissant de son autorité.

Nous avons supposé jusqu'à présent que, soit le pacte social, soit l'acte de nomination des directeurs, s'expliquaient sur la nature et l'étendue de leurs pouvoirs. Mais qu'adviendrait-il dans l'hypothèse, fort rare d'ailleurs, où leurs attributions ne seraient pas précisées ? Le conseil d'administration désigne par exemple un de ses membres en qualité d'administrateur délégué sans dire quelles seront ses attributions, lesquelles, d'ailleurs, ne sont pas fixées par le pacte social.

Dans cette hypothèse, aucune restriction n'étant stipulée, il faudrait admettre qu'il s'agit d'une délégation complète des pouvoirs du conseil, sauf, bien entendu, son droit de contrôle qu'il ne peut abdiquer. Il faudrait donc se reporter aux statuts pour voir quelles sont exactement les attributions des administrateurs. Tous les pouvoirs concédés aux administrateurs appartiendraient à leurs délégués.

Si les statuts n'indiquaient pas quels sont les pouvoirs du conseil, hypothèse plus rare encore, il faudrait reconnaître aux délégués le droit d'accomplir tous les actes d'administration (1).

---

1. De Courcy, p. 19. — Pand. franç. V. *Administrateur de sociétés*, p. 525. — Maureil-Deschamps, *De la situation respective du conseil d'administration et du directeur dans la société anonyme*, p. 61.

§ 3. — *Intérêt de la délimitation des pouvoirs de l'administrateur-délégué et du directeur. — Théorie des abus de la raison sociale.*

A. — Système de la Jurisprudence. — La question de la délimitation des pouvoirs de l'administrateur délégué et du directeur présente un grand intérêt pratique. Les directeurs étant en effet les mandataires, les gérants de la société, il semble que l'on doive poser en principe absolu que la société ne peut être obligée par eux que lorsqu'ils agissent dans les limites de leurs pouvoirs, et qu'elle n'est pas tenue des engagements pris au delà si elle ne les a pas ratifiés expressément ou tacitement.

C'est là, en effet, le principe admis par la Jurisprudence (1).

Mais une règle aussi absolue et une conception aussi étroite présentent en matière de sociétés de très graves inconvénients. Une société, étant constituée en vue d'opérations commerciales, ne peut fonctionner dans de bonnes conditions que si elle a du crédit. Or, pour qu'elle puisse obtenir le crédit qui lui est nécessaire, il est indispensable que les tiers appelés à traiter avec elle puissent le faire en toute sécurité. Il faut qu'à propos de chaque opération, ils

1. Cass. req., 7 août 1906. *Rev. Soc.*, 1907, p. 7. — Bruxelles, 18 janvier 1906. *Journ. Soc.*, 1907, p. 350. — Trib. civ. d'Angers, 10 avril 1899. *Rev. Soc.*, 1899, p. 466. — Trib. civ. de Nantes, 18 janvier 1906. *Rev. Soc.*, 1906, p. 162.

ne soient pas obligés de vérifier les pouvoirs du directeur et qu'ils aient par avance la certitude que ce mandataire a le pouvoir d'agir pour le compte de la société.

Au point de vue économique, il faut assurer dans la plus large mesure possible la sécurité des relations de la société avec les tiers.

L'intérêt bien entendu de la société exigerait donc que les actes passés par le gérant présentassent pour les tiers de bonne foi la même sécurité que s'ils étaient passés par une personne qui agit en son nom et contracte un engagement personnel.

Cette conception économique a inspiré au législateur allemand un système qui assure d'une façon parfaite la sécurité des tiers et qui donne dans la pratique les meilleurs résultats.

Vis-à-vis des tiers, en effet, les pouvoirs de la direction sont illimités et ne peuvent être limités. La direction a le droit d'accomplir tous les actes nécessaires à la marche des affaires sociales et compatibles avec le but de la société. Toutes restrictions de ces pouvoirs sont sans effets, quant aux relations de la société avec l'extérieur ; elles sont valables dans les rapports de la direction et de la société, mais elles sont inopposables aux tiers (1). Les gérants peuvent disposer du fonds social de la même façon qu'ils disposeraient de leur propre patrimoine. La

---

1. C. com. nouv., art. 235, al. 2. L'article 56-12° du Code fédéral suisse des obligations adopte le même système.

sécurité des tiers est donc absolue et les opérations de la Société deviennent rapides et faciles.

Ce système, qui présente de si grands avantages, est évidemment inapplicable dans notre droit, à défaut de texte qui le consacre. Chez nous les rapports de la société avec les tiers sont régis par les principes ordinaires du mandat : le mandataire n'oblige le mandant que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été donnés.

Mais la jurisprudence a dû en fait tenir compte de la nécessité qui s'impose d'assurer dans la plus large mesure possible la sécurité des tiers et, sous l'influence de cette idée, elle a été amenée à restreindre sensiblement la portée pratique du principe. On peut remarquer dans ses décisions une tendance à rendre opposables à la société les actes passés par le gérant avec les tiers, même lorsque ces actes constituent des abus de la raison sociale.

L'abus de la raison sociale peut se présenter sous deux formes bien distinctes :

1° L'acte a été accompli sous la raison sociale et pour le compte de la société, mais il ne figure pas dans les pouvoirs du mandataire ;

2° L'acte a été accompli sous la raison sociale et il rentre dans les limites du mandat. Mais le directeur l'a fait pour son propre compte et dans son intérêt personnel.

Première hypothèse. — Le directeur agit pour le compte de la société en dehors des limites de son mandat.

Le directeur a généralement des pouvoirs d'administration assez étendus. Cependant certains actes particulière-

ment importants peuvent lui être interdits, par exemple, la création d'effets de commerce. Ces restrictions apportées aux pouvoirs du directeur, soit par les statuts, soit par l'acte de nomination, sont-elles opposables aux tiers ? L'affirmative n'est pas douteuse : en l'absence dans notre législation d'une clause analogue à celles de la loi allemande ou de la loi suisse, toutes les limitations au mandat des directeurs sont possibles. La société règle leurs pouvoirs comme elle l'entend et elle délimite à son gré et avec la plus grande liberté l'étendue de leur mandat.

Mais les clauses qui fixent les pouvoirs du directeur doivent être portées à la connaissance des tiers par voie de publication. Toutes modifications, toutes restrictions apportées à ces pouvoirs doivent être également publiées, sous peine d'être inopposables aux tiers (1).

Cependant la connaissance de fait que les tiers auraient eue, en traitant avec le directeur, de l'abus de la raison sociale commis par lui les rendrait complices de la fraude et ils ne pourraient arguer du défaut de publicité (2).

On peut donc poser en principe que les directeurs ne peuvent obliger la société par un acte accompli sous la raison sociale, lorsque l'interdiction d'accomplir cet acte a reçu la publicité prescrite par la loi.

Cette règle ne comporte qu'une seule exception. La société serait tenue dans la mesure où l'acte interdit lui

---

1. Cass. req., 7 août 1906. *Rev. Soc.*, 1907, p. 26. — Aix, 4 juillet 1906. *Gaz. comm. de Lyon*, 29 mai 1907.

2. Aix, même arrêt.

aurait profité ; les tiers pourraient alors exercer contre elle l'action *de in rem verso* (1).

Mais nous avons déjà dit que la jurisprudence a une tendance à restreindre la partie pratique de cette règle, et dans les conflits qui surgissent entre la société et les tiers, à propos d'actes accomplis abusivement par les directeurs sous la raison sociale, à rendre ces actes opposables à la société.

Nous allons voir par la combinaison de quels principes elle arrive à ce résultat.

D'abord elle use très largement de son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'étendue du mandat et l'interprétation des pouvoirs du directeur, et elle décide que pour qu'un acte quelconque lui soit interdit, il faut qu'aucune incertitude ne plane sur le sens de la clause qui prévoit cette interdiction.

S'il est dit, par exemple, dans les statuts, que le directeur aura le droit de faire tous les actes d'administration, il est assez difficile de définir exactement ses pouvoirs. En effet, la ligne de démarcation entre les actes d'administration et les actes de disposition n'est pas nettement tranchée suivant la nature intrinsèque de tel ou tel acte. La même opération, suivant les circonstances, suivant les proportions dans lesquelles elle est accomplie, peut constituer un acte d'administration ou un acte de disposition. Telle est, par exemple, la création d'effets de commerce.

---

1. Lyon, 16 mai 1906. *Gaz. comm. de Lyon*, 26 avril 1907.

Cette opération peut avoir, suivant les cas, un but différent ; elle peut servir aussi bien à contracter un emprunt qu'à payer une dette. On comprend donc que la délimitation exacte des pouvoirs du directeur sera souvent bien difficile à tracer.

Or, dans le doute qui pourra se présenter dans tel ou tel cas particulier, la jurisprudence décidera que l'acte rentre bien dans les pouvoirs du directeur et le rendra ainsi opposable à la société (1).

D'autres fois, elle décidera qu'une clause assez vague et imprécise des statuts, donnant au directeur le pouvoir de faire dans l'intérêt de la société tout ce qui lui paraît utile et nécessaire et tout ce que les circonstances exigent, lui permet de contracter un emprunt même important (2). Et cependant le pouvoir d'emprunter est si exorbitant et si dangereux, c'est un acte de disposition d'une telle gravité, qu'il est bien difficile de le supposer compris dans le mandat ci-dessus relaté. La généralité même des termes d'un pareil mandat semble indiquer qu'il ne visait que les actes d'administration ; d'ailleurs l'article 1988 du Code civil n'exige-t-il pas que le mandat d'emprunter soit donné en termes exprès ?

La jurisprudence protège aussi les tiers porteurs de bonne foi d'effets de commerce souscrits par le directeur en abusant de la raison sociale Si la clause qui interdit

---

1. Trib. comm. de Lyon, 2 juin 1905. *Gaz. commerciale de Lyon*, 20 avril 1907.

2. Cass., 23 octobre 1905, *Rev. Soc.*, 1906, p. 96.

au directeur de souscrire des effets de commerce a été légalement publiée, elle produit son effet *erga omnes*, même vis-à-vis des porteurs successifs.

Mais au cas de non publication de cette interdiction, la simple connaissance de fait qu'en aurait eue celui qui a contracté directement avec la société n'aurait qu'un effet personnel ; elle n'empêcherait pas la bonne foi des tiers porteurs, et ceux-ci pourraient réclamer le paiement de l'effet à la société (1). Cette solution, assez difficile à justifier théoriquement ne peut encore s'expliquer que par la tendance de la jurisprudence à faire prévaloir l'intérêt des tiers sur celui de la société, dans les conflits relatifs à l'abus de la raison sociale.

Deuxième hypothèse. — Le directeur agit pour son compte personnel sous le couvert de la raison sociale.

Dans ce cas, si l'acte accompli par le directeur, considéré en soi, rentre dans les limites du mandat, il oblige la société envers les tiers. A leur égard la société ne serait dégagée que si elle faisait la preuve de leur mauvaise foi (2).

Toutefois une clause des statuts ou de l'acte fixant les pouvoirs du directeur pourrait modifier cette règle. S'il était bien spécifié que la société ne sera liée, même vis-à-vis des tiers, que par les actes faits par le directeur sous

---

1. V. en ce sens : Cass. req., 2 août 1842. Dalloz. *Répert.* V, *Mandat*, n° 387 et Percerou, *Des abus de la raison sociale : Annales de Droit commercial*, 1898, p. 135.

2. Paris, 27 juin 1905. *Rev. Soc.*, 1906, p. 101.

la raison sociale et pour le compte de la société, mais non des actes qu'il accomplirait sous la même forme, mais pour son compte personnel, cette clause serait valable *erga omnes*.

Les tiers sont prévenus; à eux de prendre leurs précautions et, s'ils traitent avec le directeur, de courir l'aléa qui plane sur la validité de l'acte accompli (1).

L'opposabilité aux tiers des clauses restrictives du mandat des directeurs repose donc entièrement sur la publicité. Les tiers ont-ils pu, en consultant, soit les statuts, soit l'acte qui fixe les pouvoirs du directeur, se rendre compte que tel acte accompli par lui était interdit, ils ne peuvent exiger à l'encontre de la société l'exécution de l'engagement qui en résulte, même lorsqu'ils sont de bonne foi. Au contraire l'interdiction d'accomplir cet acte n'a-t-elle pas été insérée dans les publications légales, cette interdiction n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Dans ce cas le tiers porteur d'un effet de commerce souscrit par le directeur est présumé de bonne foi, quand bien même le bénéficiaire de l'effet aurait eu en fait connaissance de l'abus de la raison sociale commis par le directeur en le souscrivant. Le tiers-porteur peut donc exiger son paiement de la société.

B. — Critique de ce système. — Ce système procède d'une conception théorique excellente. Les tiers ne méritent en effet aucune protection si, avant de traiter

---

1. Voir en ce sens Percerou, *loc. cit.*, p. 134.

avec le directeur, ils ont pu se renseigner sur la valeur de l'acte à accomplir et s'ils ont traités, quoique prévenus de son irrégularité.

Mais dans la pratique, cette conception perd une grande partie de sa valeur. La publication dans un journal est à peu près illusoire, les tiers appelés à traiter avec la société n'ayant pas eu sous les yeux le journal contenant la publication et pouvant difficilement le retrouver.

Quant aux dépôts prévus par la loi, rien ne fait aux greffiers une obligation d'en donner communication au public et sur ce point la pratique suivie est variable.

Mais en fait les personnes qui sont en relations d'affaires avec la société ne peuvent pas, dans chaque cas, aller consulter au greffe les statuts ou les actes sociaux. C'est d'une pratique impossible.

Les tiers de bonne foi ne sont donc pas protégés d'une façon suffisamment efficace contre les abus de la raison sociale.

Ne pourrait-on cependant, dans l'état actuel de nos textes, trouver une base juridique à la responsabilité de la société à la suite des abus de la raison sociale commis par les directeurs? M. Percerou (1) estime que la chose est possible. N'est-ce pas, dit-il, une faute que de choisir un mauvais gérant et la société n'est-elle pas responsable des conséquences dommageables de ce mauvais choix?

Cette manière de voir s'est fait jour dans certaines

1. *Loc. cit.*, p. 136.

décisions récentes et quoi qu'il s'agît dans les espèces solutionnées de mandataires ordinaires, les mêmes principes pourraient être mis en jeu, à propos des actes abusifs accomplis par les gérants de société (1).

Attendu, en droit, *dit la Cour de Bordeaux*, qu'il est certain que le mandant est responsable de la fraude employée envers les tiers de bonne foi par le mandataire dans l'exécution du mandat, bien que ce dernier en employant la fraude ait excédé les bornes de son mandat.

Il ne paraît pas possible d'aller aussi loin que la Cour de Bordeaux. Elle ne tient, en effet, aucun compte de l'article 1998, d'après lequel le mandant ne répond de son mandataire que quand celui-ci agit dans les limites du mandat. D'autre part la société a pu choisir son gérant avec beaucoup de soin ; elle a pu s'adresser à une personne présentant toutes garanties d'honorabilité et de compétence. Le choix de ce gérant constituera-t-il une faute parce que, ultérieurement, il n'aura pas justifié les espérances légitimes qu'on fondait sur lui? Nous ne le pensons pas. Mais il y aurait au contraire faute de la société et quasi-délit à l'égard des tiers dans le fait de choisir comme directeur un individu qui notoirement ne présentait pas au moment de sa nomination toutes les garanties désirables de probité et de capacité. Ce n'est que dans cette

---

1. Nancy, 25 février 1890. Dalloz, 1890. 2. 347. — Bordeaux, 13 novembre 1890. Dalloz, 1892. 2. 364.

mesure qu'il nous paraît possible de souscrire au système doctrinal proposé par M. Percerou.

SECTION II

Rémunération de l'administrateur délégué et du directeur

Nous venons de voir combien sont importantes les fonctions de l'administrateur délégué et du directeur. Pour mener à bien la gestion de la société, ils ont souvent à déployer des qualités administratives et des compétences techniques de premier ordre. Une rémunération s'impose donc. Aussi est-il bien rare qu'ils exercent gratuitement leurs fonctions et que des allocations ne soient pas stipulées à leur profit.

§ 1. — *Par qui sont fixées les allocations*

Le plus souvent elles sont fixées par les statuts. Dans ce cas la rémunération prévue par le pacte social peut-elle être modifiée, soit par l'Assemblée générale, soit par le conseil ? Il faut distinguer entre le directeur actionnaire et le directeur non-associé :

En ce qui concerne le directeur actionnaire, il semble que cette rémunération ne puisse recevoir aucune modification, sauf de la part de l'unanimité des actionnaires.

La répartition des bénéfices entre associés est en effet

regardée généralement comme étant une base essentielle des statuts, ne pouvant être modifiée que par le consentement unanime des associés (1).

Mais il faudrait en décider autrement si les statuts autorisaient expressément, soit le conseil, soit l'assemblée à modifier la rémunération du directeur associé. Cette autorisation pourrait même être implicite et elle nous paraît devoir être admise assez facilement. Il faudra tenir compte de l'esprit des statuts et consulter au besoin à cet effet l'historique de la société. Ne rentre-t-il pas, par exemple, dans les pouvoirs normaux du conseil d'administration d'augmenter ou de diminuer, suivant les circonstances, les appointements de tous les agents de la société ?

Enfin, il est un cas spécial, où, quelles que soient les dispositions des statuts, l'Assemblée générale ou le conseil ont le pouvoir d'augmenter la rémunération du directeur : c'est lorsqu'un travail ou une mission spéciale lui sont confiés ne rentrant pas dans ses attributions normales. On le charge par exemple d'un travail de bureau qui n'est pas prévu dans son contrat, de la direction effective d'un service, d'un voyage d'études à l'étranger, d'un rapport à

---

1. En ce sens : Doctrine : Lyon-Caen et Renault, n° 867, 4°. — Rousseau, t. I, n° 2441. — Houpin, t. II, n° 218. — Vavasseur, t. I, n° 167. — Ruben de Couder, n° 73.

Jurisprudence : Rouen, 8 août 1868. Dalloz, 1869. 2. 24. — Paris, 19 avril 1875. Sirey, 1876. 2. 113. — Cassation, 20 décembre 1882. *Idem*, 1883. 1. 198. — Cassation, 29 décembre 1896. Dalloz, 1897. 1. 125.

faire sur un nouveau procédé de fabrication, de l'établissement d'une statistique. Dans ces diverses hypothèses le droit pour l'assemblée ou le conseil d'augmenter la rétribution statutaire du directeur ne paraît pas douteux.

Quant au directeur étranger à la société, la question ne se pose pas de la même façon. L'augmentation ou la diminution des avantages qui lui sont accordés par les statuts est toujours possible, tout au moins par une Assemblée générale extraordinaire.

Si, en même temps qu'il fixe leur rénumération, le pacte social porte désignation de l'administrateur délégué ou du directeur, les allocations stipulées à leur profit doivent être considérées comme des avantages particuliers soumis à la vérification de la première Assemblée générale, conformément à l'article 4 de la loi de 1867 (1).

Mais il arrive assez fréquemment que les statuts, en confiant au conseil le choix du directeur, lui laissent le soin de fixer sa rétribution.

Une pareille clause insérée dans les statuts a une portée impérative et il a été jugé en ce sens que si les statuts attribuent au conseil le choix du directeur et la fixation de son taitement, le conseil reste maître absolu, alors même que l'Assemblée générale aurait été consultée sur l'opportu-

1. Agen, 7 janvier 1879. Dalloz, 79. 2. 247. En ce sens pour les administrateurs ordinaires : Lyon, 1er août 1882. *Jour. Soc.*, 1884. 702.— Lyon, 26 février 1903. *Jour. Soc.*, 1903. 306. — Paris, 3 août 1886. *Jour. Soc.*, 1889. 417. — Lyon, 3 décembre 1895. *Jour. Soc.*, 1896. 253.— Arthuys, n° 346.— Goirand, n° 159.— Houpin, n° 488. — Dalloz. *Rép. Sup.*, n° 1291.

nité d'une allocation pécuniaire et l'aurait approuvée de ne pas se conformer à cet avis et de décider que les fonctions du directeur ne seront pas accompagnées d'un traitement particulier, l'Assemblée générale ne pouvant élever son autorité à l'encontre de la compétence spéciale reconnue au conseil par les dispositions précises des statuts (1).

Si les statuts conféraient la nomination du directeur, soit au conseil, soit à l'Assemblée générale, sans les autoriser à lui donner une rémunération et sans prévoir eux-mêmes d'allocations, il faudrait considérer que le pouvoir de nommer le directeur entraîne celui de le rétribuer.

§ 2. — *Nature des allocations.— Tantièmes sur les bénéfices, mode de calcul*

Quelquefois les allocations consistent en des appointement fixes, d'autres fois c'est une rémunération proportionnelle aux bénéfices réalisés, un tant pour cent sur les bénéfices. Ce dernier mode a l'avantage d'intéresser plus personnellement le directeur à la prospérité de la société et à la bonne marche des affaires

Lorsqu'un tantième sur les bénéfices est stipulé au profit des directeurs, comment doit-il être calculé? Il est bien rare que les statuts ou l'acte de nomination n'apportent pas sur ce point des précisions, en indiquant : 1° que le prélèvement devra s'effectuer sur les bénéfices nets ; 2° ce qu'il faut entendre par bénéfices nets. Ils con-

1. Paris, 26 novembre 1896. Dalloz, 1898. 2. 115.

stituent alors la loi des parties (1). Mais que décider dans le cas contraire, si les statuts ou l'acte portant fixation des tantièmes ne précisent pas sur quels bénéfices ils doivent porter ou si, parlant de bénéfices nets, ils s'abstiennent de les définir ? Il ne paraît pas douteux qu'à moins d'une clause expressément stipulée, les bénéfices frappés par les tantièmes doivent s'entendre des bénéfices nets. En quoi consistent donc les bénéfices nets?

Il importe de les distinguer soigneusement d'une part des bénéfices bruts et d'autre part des dividendes.

Les bénéfices bruts d'un exercice sont formés par la totalité des recettes effectuées par la société dans le cours de cet exercice. Les bénéfices nets sont constitués par les bénéfices bruts après déduction des dépenses, frais généraux et charges diverses incombant à la société (2).

La portion des bénéfices nets mise en distribution et répartie entre les actionnaires au prorata de leurs droits, constitue les dividendes.

Détermination des bénéfices bruts. — Les bénéfices bruts ou recettes comprennent:

1° Les produits des opérations courantes de la société (ventes, opérations de banque ou de bourse, etc.) ;

2° Les produits des valeurs en portefeuille et les intérêts des comptes courants créditeurs.

Dans l'inventaire établi à la fin de chaque exercice, doit-

1. Rousseau, t. I, n° 2202.
2. Percerou, note Dalloz, 1904. 2. 17.

on faire figurer parmi les bénéfices la plus-value actuelle des valeurs en portefeuille sur leur prix d'acquisition?

Il faut distinguer entre les titres cotés en bourse et les titres non cotés. Certaines sociétés font figurer les premiers à l'inventaire pour leur prix d'acquisition: d'autres pour leur valeur au cours moyen de la bourse pendant l'année ou pendant le dernier mois de l'exercice.

Quant aux valeurs non cotées, on doit les faire figurer pour leur prix d'acquisition, sauf bien entendu le cas où elles seraient complètement dépréciées par la faillite ou la déconfiture des débiteurs (1).

Faut-il comprendre dans les bénéfices la plus-value des immeubles sur leur prix d'acquisition ou leur valeur d'apport? On est d'accord pour décider, que cette plus-value n'est certaine que lorsque l'immeuble est vendu; jusque-là elle est aléatoire et on ne peut pas dire en tout cas qu'elle constitue une recette (2).

Mais supposons qu'un immeuble de la société ait été vendu pour un prix supérieur à celui qui figure au bilan.

---

1. En ce sens Mouret, n° 261.

2. Houpin. *Jour. Soc.*, 1902. 184. — Mouret, n° 258. — Paris, 16 avril 1870. Dalloz, 70. 2. 121. « Une plus-value, disait l'avocat général chargé de conclure dans cette affaire, c'est-à-dire la valeur supposée acquise par les immeubles en sus du prix de revient, ne peut être connue que lorsque les immeubles sont vendus Jusque-là, ce qui est certain ; c'est qu'elle n'est pas un produit ; elle ne donne pas lieu à une recette ; elle ne peut servir à payer une dépense. On ne paye pas une dette avec une plus-value, avec une hypothèse, avec une espérance ; donc elle ne doit pas figurer au compte des profits et pertes. » V. cepend. Wahl. Sirey, 1901. 2. 297.

Cet excédent fera-t-il partie des bénéfices bruts annuels? Dans ce cas, il y a bien recette effective, et à notre avis, les profits résultants de ces plus-values doivent figurer parmi les bénéfices de l'exercice en cours au moment de la vente.

Il faudrait cependant adopter la solution contraire dans les deux cas suivants: 1° si un fonds de réserve spécial est prévu par les statuts ou créé ultérieurement par l'Assemblée générale; 2° si l'acte qui fixe la rémunération du directeur indique que les tantièmes ne devront être perçus que sur les bénéfices normaux de l'exploitation (1).

Dans les recettes ne doivent figurer que des produits réels, sinon les bénéfices accusés par le bilan seraient des bénéfices fictifs. Mais qu'est-ce exactement qu'un produit réel? Faut-il qu'il y ait encaissement réellement effectué, ainsi que le soutenait le procureur général Dupin? (2) La jurisprudence n'est pas aussi rigoureuse.

---

1. Paris, 25 mars 1908; aff. Société des eaux minérales et de bains de mers (c. Consorts Hanoteau, *Revue juridique des opérations de Bourse*, 1908. 306). — La société avait vendu un certain nombre de terrains situés à Vals-les-Bains, à des prix supérieurs aux valeurs du bilan. Les Consorts Hanoteau prétendaient que ces excédents de prix constituaient des bénéfices soumis au prélèvement de 2 o/o puis de 3 o/o stipulé par le conseil d'administration au profit de leur auteur en son vivant administrateur délégué de la société. Mais la Cour de Paris repoussa ces prétentions et interprétant l'acte de nomination de l'administrateur délégué décida que le tantième ne pouvait être perçu que sur les bénéfices normaux de l'exploitation.

2. Voir Cass., 28 juin 1862. Dalloz, 1862. 1. 318.

Mais si elle n'exige pas, pour qu'un produit puisse légitimement figurer dans les bénéfices, qu'il corresponde à un encaissement effectif, du moins faut-il que l'encaissement soit immédiatement réalisable et ne soit soumis à aucune condition (1).

Si le paiement dépendait d'une question litigieuse et de l'issue d'un procès, si en d'autres termes le droit de la société était contesté et n'était pas encore certain, il n'y aurait pas produit réel, même si l'encaissement se réalisai ultérieurement: ce n'est qu'au moment où la créance litigieuse serait recouvrée qu'il y aurait bénéfice réalisé (2).

Les produits réels sont les produits réalisés ou immédiatement réalisables (3). L'encaissement prochain peut être alors considéré comme équivalent à des espèces en caisse.

L'Assemblée générale a d'ailleurs tout pouvoir pour décider si tels bénéfices sont réellement acquis à la société ou si au contraire la prudence exige de ne pas les faire entrer en ligne de compte, soit parce qu'ils sont incertains soit parce qu'ils doivent avoir pour contre-partie des, dépenses ultérieures. Il n'y aurait lieu au contrôle des Tribunaux que si l'Assemblée abusait de ce pouvoir au détriment des ayants-droit par la restriction excessive des bénéfices (4).

---

1. Paris, 16 avril 1870. Dalloz, 1870. 2. 121, Cass., 7 mai 1872. *Id.*, 1872. 1. 233.

2. Paris, 9 mars 1888. Dalloz, 1889. 2. 71.

3. Voir en ce sens Mathieu et Bourguignat, n° 90. — Ruben de Couder, n° 362. — Pont, n° 1480. — Houpin, n° 732.

4. En ce sens note sous Cass., 3 février 1890. Dalloz, 1890. 1. 251.

Détermination des bénéfices nets. — Pour obtenir les bénéfices nets, il faut déduire des bénéfices bruts les dépenses et les charges annuelles de l'exploitation, soit :

1° Les frais d'exploitation proprement dits: achats de matériel ou de matières premières, salaires des ouvriers et des employés, entretien des immeubles, impôts, patentes, etc.

2° Les intérêts des dettes et en particulier des obligations ;

3° L'amortissement des obligations ;

4° Les intérêts des actions lorsqu'il est stipulé par les statuts que ce prélèvement sera porté au compte des frais généraux (1).

L'expression d'intérêts appliquée aux actions est d'ailleurs défectueuse, puisque le capital social n'est pas un capital prêté : il s'agit là plutôt d'un dividende privilégié ;

5° L'amortissement des immeubles, l'amortissement industriel et celui des frais de premier établissement.

Il existe en comptabilité divers modes d'écriture permettant d'exprimer ces amortissements ; on peut chaque année faire subir à la valeur figurant à l'actif une diminution représentative de l'amortissement. On peut aussi conserver

---

1. Lyon-Caen et Renault, n° 900, Houpin, t. II, n° 927.

En ce sens: Mathieu et Bourguignat, n° 224. — Pont, n° 1594. — Ruben de Couder, n° 252, *Suppt. Dict. Not.*, n° 156. — Thaller, *Ann. de Dr. comm.*, 1895, 241. — Lyon, 6 mars 1888. — *Journ. Soc.*, 1889. 390. — *Contrà,* Alauzet, n°° 751. — Bédarride, n°° 445 et suiv. — Boistel, n° 325. — De Courcy, p. 151 et suiv. — Riom, 29 déc. 1898. *Journ. Soc.*, 1900. 23.

à l'actif sa valeur d'achat et, pour redresser cette valeur, faire figurer au passif un compte spécial d'amortissement (1).

Si l'on déduit des bénéfices bruts tous ces articles de dépenses, on obtient les bénéfices nets dont parle l'article 36 de la loi de 1867 et sur lesquels doit se calculer la réserve légale :

Il est fait annuellement sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve, etc.

Mais il ne faut pas confondre, comme on pourrait être tenté de le faire, les bénéfices nets sur lesquels doit se calculer la réserve légale et ceux qui sont soumis au prélèvement du tantième des administrateurs et des directeurs.

Nous avons dit que le pacte social peut préciser sur quels bénéfices doit porter la participation des directeurs. Les statuts peuvent aussi laisser, soit en termes exprès, soit même implicitement, à l'Assemblée générale le soin de fixer chaque année les bénéfices nets sur lesquels les tantièmes seront perçus, et cette clause, parfaitement valable, donne à l'assemblée un pouvoir souverain pour décider après chaque exercice si les bénéfices ressortant des écritures doivent être considérés comme des bénéfices nets (2).

1. Rousseau, t. I, n° 2560. — Thaller, *Ann. de Dr. comm.*, année 1895, p. 241, et *Journ. des Soc.*, année 1896, p. 42. — Decugis, *Journ. des Soc.*, années 1903, p. 481 et 1906, p. 241.

2. Cassation, Ch. civ., 3 fév. 1890. Dalloz, 1890, 1. 250.

Mais dans le silence des statuts que doit-on décider ? Les bénéfices nets sont-ils ceux dont parle l'article 36 ? La jurisprudence refuse avec raison de l'admettre et à moins que les statuts ne le prévoient expressément, les directeurs ne peuvent percevoir leur tantième ni sur la réserve légale, ni sur les réserves facultatives.

Ils doivent être mis sur le même pied que les actionnaires et les bénéfices auxquels ils peuvent prétendre ne s'entendent que des bénéfices distribuables, c'est-à-dire sur lesquels les sommes destinées aux divers fonds de réserve ont été prélevées (1).

La Cour de Paris, dans un arrêt du 9 mars 1888 (2), a fort justement indiqué les raisons qui empêchent l'administrateur délégué de percevoir son tantième sur les réserves.

Attendu, *dit-elle,* que les rémunérations spéciales stipulées aux statuts ne peuvent avoir pour effet de créer aux administrateurs, mandataires salariés des actionnaires, une situation différente de celle des actionnaires leurs mandants ; — Que la part de bénéfices leur revenant est essentiellement de même nature que le dividende et demeure subordonnée aux mêmes chances ; — Que la conséquence nécessaire du pacte social est est en effet d'imposer à tous l'égalité de traitement, en ce sens que les bénéfices ne peuvent être réputés existants au regard

---

1. Perceron, note précitée. Dalloz, 1904, 2. 17.

2. Dalloz, 1889. 2. 71. — Cet arrêt a réformé un jugement du Trib. de Commerce de la Seine du 9 mars 1885. *Journ. Soc.*, 1888 p. 654.

de l'un et inexistants au regard de l'autre, de telle façon que l'administrateur puisse prétendre quelque chose là où l'actionnaire n'a rien à recevoir ; — Que les réserves étant, comme dans l'espèce, reconnues valablement constituées et conformes aux statuts, il serait inadmissible que les actionnaires seuls participassent au sacrifice actuel, sollicité dans l'intérêt commun; etc... (1)

Ce serait donc en vain,si les satuts parlaient seulement de bénéfices nets sans les définir, que les directeurs prétendraient prélever leur participation sur les réserves, arguant en ce sens de l'article 36 de la loi de 1867. Ils ne le pourraient que si les statuts le prévoyaient expressément (2). Mais une clause de ce genre se trouve bien rarement dans les statuts qui le plus souvent, au contraire, prennent soin de préciser que les réserves sont prélevées avant le tantième alloué aux administrateurs et aux directeurs.

La participation aux bénéfices peut-elle être perçue sur le fonds d'amortissement du capital social? Il y a lieu à notre avis de distinguer deux hypothèses. Si cet amortissement est prévu par le pacte social, s'il est statutaire, il n'est pas soumis à la perception des tantièmes. Mais il

---

1. En ce sens : Houpin, n° 756.

2. Voir un cas dans lequel le tantième de l'administrateur délégué portait même sur la réserve légale : arrêt précité de Paris, du 25 mars 1908. *Rev. Jur. des opérations de Bourse*, 1908. 316,aff. Société des Eaux minérales et de bains de mer. C. Consorts Hanoteau.

en est autrement s'il s'agit d'un amortissement facultatif, si par exemple l'Assemblée générale décide, soit le remboursement total ou partiel des actions libérées, soit la libération du capital social non versé. Les sommes affectées à cet usage doivent être alors considérées comme de véritables bénéfices.

En définitive, le tantième des administrateurs et des directeurs doit se percevoir sur les bénéfices nets distribuables. Ce qui reste de ces bénéfices, après ce prélèvement, est réparti entre les actionnaires à titre de dividendes.

Sanction des règles relatives au calcul des tantièmes. — Les règles relatives à la perception des tantièmes étant ainsi posées, il importe de se demander quelle en est la sanction. Lorsque les directeurs ont touché une part de bénéfices à laquelle ils n'avaient pas droit, sont-ils soumis à restitution ?

Les simples actionnaires sont protégés par l'article 10, § 4 de la loi de 1867 contre une action en répétition des dividendes distribués. Ils sont présumés les avoir perçus de bonne foi et ce n'est que lorsque cette présomption cesse d'exister qu'ils peuvent être actionnés en remboursement.

Aucune répétition de dividendes, *dit le texte ci-dessus*, ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

Il n'existe pour les administrateurs et pour les directeurs aucune règle semblable. Lorsqu'ils perçoivent des tantièmes illégaux ils sont toujours regardés comme étant de mauvaise foi. Ce sont eux, en effet, qui font l'inventaire et qui dressent le bilan : ils seraient donc mal venus à soutenir qu'ils ignoraient l'irrégularité de cette perception.

Il en est surtout ainsi lorsque les inventaires et les bilans dressés par eux contiennent des erreurs graves.

L'approbation donnée par l'Assemblée générale ne serait pas une fin de non-recevoir susceptible d'être opposée à l'action en restitution, si l'assemblée avait été trompée par les bilans erronés qui lui ont été présentés et par les rapports mensongers des directeurs (1).

Cas particulier.— Départ d'un directeur en cours d'exercice. — Lorsque les statuts attribuent à l'administrateur délégué ou au directeur une quote-part sur les bénéfices de chaque exercice, elle n'est pas acquise seulement à ceux qui sont en fonctions à la fin de l'exercice, mais à tous ceux qui ont été investis de ces fonctions dans le cours de l'année. Il n'existe qu'une décision isolée qui ait refusé à un administrateur révoqué au cours d'un exercice le droit de participer aux bénéfices réalisés (2).

Mais si le droit aux bénéfices de l'exercice en cours qui appartient aux directeurs, lorsque pour une cause quelconque ils quittent leurs fonctions avant son expiration,

---

1. Paris, 3 janvier 1889 et 31 décembre 1890. *Journ. Soc.*, 1893. 65. Cassat., 16 juin 1891. *Journ. Soc.* 1891. 505.

2. Seine 5 décembre 1892. *Journ. Soc.*, 1893; 117.

n'est pas contesté, comment leur participation devra-t-elle être calculée? Pourront-ils exiger que le calcul soit fait d'après un inventaire confectionné au moment même de leur départ ou devront-ils attendre la fin de l'année et toucher un tantième établi sur la totalité des bénéfices réalisés pendant l'exercice au prorata de la durée de leurs fonctions?

Un arrêt de la Cour de Rennes (1) a décidé que l'administrateur délégué peut exiger que le calcul de son allocation soit fait d'après les bénéfices réalisés au moment de son départ sans attendre l'inventaire de fin d'année.

Il s'agissait dans l'espèce soumise à la Cour, d'un administrateur délégué qui pendant le cours de sa gérance avait développé hors de toute espérance les bénéfices de la société presque nuls auparavant. Puis, dès le mois qui avait suivi sa retraite, les bénéfices avaient brusquement diminué. On pouvait vraiment dire que ce mandataire avait été la cause efficiente des bénéfices réalisés et c'est pour cela sans doute que la cour a estimé qu'il serait frustré d'une partie notable de la rémunération à laquelle l'équité lui donnait droit si son tantième n'avait pas été calculé sur les résultats obtenus au moment même de son départ.

Mais, sauf les cas exceptionnels où elle est justifiée par de puissantes considérations d'équité, cette solution ne nous paraît pas admissible.

---

1. 11 juillet 1889. *Rev. Soc.*, 1891, p. 215.

La société ne saurait être tenue, à notre avis, de dresser un inventaire spécial au jour du départ de son directeur en cours d'exercice, à moins que les statuts ou l'acte de nomination ne contiennent à cet égard une disposition spéciale.

Il n'est prévu en général qu'un inventaire à chaque fin d'exercice et le départ d'un directeur n'est pas un évènement d'une telle importance qu'il puisse, en principe, justifier l'obligation pour la société d'arrêter la marche de ses affaires et de procéder à une opération difficile et coûteuse.

Des événements de ce genre se produisent d'autant plus fréquemment que les directeurs sont révocables *ad nutum*. Si chaque fois la confection d'un inventaire était nécessaire, la marche de la société pourrait être sérieusement entravée (1).

SECTION III

Subdélégation

L'administrateur délégué ou le directeur, mandataires substitués du conseil d'administration, peuvent-ils eux-mêmes user au profit d'un tiers de cette faculté de substi-

---

1. En ce sens Cassation, 1er juin 1875. Sirey 1876.1.29.— Seine, 1er septembre 1891. *Rev. Soc.*, 1891. 560. — Paris, 23 mars 1908. *Rev. Jur. des op. de Bourse*, 1908. 316.

tution et lui subdéléguer tout ou partie de leurs pouvoirs? C'est là une faculté de droit commun qu'aucun texte de loi ne leur enlève formellement ;

L'article 22 permet aux administrateurs de prendre parmi eux un directeur ou de se substituer, si les statuts le permettent, un mandataire étranger à la société.

Cet article comporte-t il une dérogation au droit commun et a-t-il entendu limiter la faculté de substitution accordée aux administrateurs ? A-t-il voulu dire que le mandat d'administrateur est en principe intransmissible sauf les deux exceptions suivantes :

a) Possibilité dans tous les cas de choisir parmi eux un directeur ;

b) Possibilité, si les statuts le permettent, de se substituer un tiers étranger à la société?

La jurisprudence et un certain nombre d'auteurs l'admettent. Le mandat d'administrateur est en principe, disent-ils, intransmissible. Le législateur autorise exceptionnellement cette substitution. Mais *exceptio est strictissimæ interpretationis*. On ne peut étendre cette exception au delà des termes précis de la loi.

Cela d'ailleurs est conforme, ajoutent-ils, à l'esprit général de la législation en matière de sociétés. Les administrateurs sont nommés *intuitu personæ* et ils ne peuvent se substituer un tiers que sous les conditions prévues par la loi.

Cette interprétation de l'article 22 est-elle bien exacte? Il est permis d'en douter. Le principe général posé par

l'article 22 paraît être le suivant : Pour être administrateur, il faut faire partie de la société. Personne ne peut faire partie du conseil d'administration s'il n'est pas actionnaire.

La loi ajoute que les administrateurs peuvent prendre parmi eux un directeur. C'est là une faculté de droit commun et si la loi ne la proclamait pas expressément, elle n'en existerait pas moins en vertu des principes généraux (1).

En combinant l'article 1994 qui permet la substitution de mandat et la règle de l'article 22 spéciale aux sociétés, d'après laquelle tout administrateur, c'est-à-dire tout mandataire de la société, doit être associé, on arrive à cette conclusion que le droit commun des sociétés, c'est la substitution de mandat possible en faveur d'un associé.

Mais alors, quelle dérogation au droit commun contient l'article 22 ? C'est la suivante : par exception, le mandataire peut être étranger à la société mais à une double condition :

1° Que les statuts le permettent ;

2° Que le conseil soit responsable du mandataire substitué étranger à la société.

Telle est, à notre avis, l'interprétation que l'on doit donner sur ce point à l'article 22 et sa portée juridique exacte.

Au point de vue de la subdélégation, cette théorie conduit aux solutions suivantes :

Si les statuts ne permettent pas la substitution au profit

---

1. Pont, Sociétés commerciales, n° 1616.

d'une personne étrangère à la société, la subdélégation ne sera pas permise au profit d'un tiers. Les mandataires substitués du conseil ne pourront subdéléguer leurs pouvoirs qu'à un associé.

La jurisprudence est établie à l'heure actuelle en faveur de la première interprétation. et elle n'admet dans aucun cas la faculté de subdélégation ni pour le directeur général ni pour le délégué.

Dans un arrêt tout récent, la Cour de Paris a donné une formule très nette de ce système.

Attendu, *dit la Cour*, que les sociétés anonymes sont administrées et représentées selon les règles spéciales édictées par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867; que ce texte en disposant que les mandataires des sociétaires peuvent ou choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société, a limitativement précisé les substitutions qui sont seules permises et a dérogé ainsi au droit commun formulé par l'article 1994 du Code civil (1).

---

1. Paris, 20 juin 1906. *Gazette du Palais*, 1906. 2. 121. — *Dans ce même sens :* Cassation, 22 mai 1896. Dalloz, 97. 1. 30: Sirey, 98. 1. 542; *Journ. Soc.*, 1899. 339. — Paris, 3 février 1896. Sir., 98. 2. 185; *Journ. Soc.*, 1896. 301. — Arcis-sur-Aube, 31 janvier 1895. Dalloz, 1895. 2. 519. — Houpin, t. II, n° 841. — Lyon-Caen et Renault, n° 838. — Pont, n° 1617. — De Courcy, p. 28. — Vavasseur, n° 805. — Rousseau, t. I, n° 2294. — Le Couturier, *op. cit.*, p. 165, n° 115. — *En sens contraire :* Rouen, 27 mars 1895. Sir., 1898. 2. 185 et la note de M. Wahl, arrêt cassé. — Trib. civ. de la Seine, 22 mars 1906, jugement réformé par arrêt précité du 20 juin 1906, *Gaz. du Palais* 1906, 2, 121. — Note *Rev. Soc.*, 1896, 155. — Voir aussi la critique de l'opinion de M. Wahl. *Journ. Soc.* 1907, p. 289 : Dissertation de M. Leconturier.

La conséquence logique de cette jurisprudence, c'est qu'il faudrait considérer comme frappée de nullité radicale toute clause des statuts qui accorderait au directeur ou à l'administrateur délégué la faculté de se substituer. Et cette nullité entraînerait même la nullité de la société (1).

Si la jurisprudence n'admet pas la substitution générale, elle reconnaît la validité de la substitution spéciale, c'est-à-dire du mandat donné par le directeur ou le délégué à une tierce personne pour une opération ou pour une série d'opérations expressément déterminées (2).

C'est le mandat spécial.

Les nécessités pratiques rendent la possibilité de cette substitution partielle absolument indispensable; elle ne se heurte à aucun principe et ne présente aucun des inconvénients réels ou présumés d'une substitution générale. Ce genre de mandat fait partie de l'administration normale des sociétés et est d'un usage courant.

M. Thaller (3), tout en se rangeant à l'opinion de la Jurisprudence, critique avec juste raison la formule donnée à son système par la Cour de cassation (4).

Attendu, *dit la Cour*, que le législateur a évidemment voulu circonscrire dans des limites déterminées, tant le choix des administrateurs, premiers mandataires de la société, que la

---

1. En ce sens: Houpin, n° 841. — Cassation, 22 mai 1896 précité.
2. Houpin, n° 841. — *Journ. Soc.*, 1896. 303, note. — Lecouturier, p. 167, n° 116.
3. *Traité de Dr. commercial*, n° 654.
4. Arrêt précité du 22 mai 1896.

faculté accordée à ceux-ci de se substituer un tiers; qu'il est dès lors inadmissible, sous peine de méconnaître ces dispositions, que le mandataire des administrateurs, étranger ou non à la société, puisse à son tour, alors même que les statuts l'y autoriseraient, subtituer à un troisième mandataire les pouvoirs sociaux.

La formule donnée par la Cour à son système est si étroite et si rigoureuse qu'elle semble prohiber même la subdélégation spéciale dont la validité n'a, en fait, jamais été contestée.

Nous arrivons donc à cette conclusion pratique, théoriquement critiquable à notre avis : Le directeur de la société anonyme ne peut se substituer un tiers, ni dans l'ensemble de ses pouvoirs, ni même dans une série d'opérations déterminées seulement par leur nature. Il ne peut conférer que des mandats spéciaux.

Cette règle s'applique d'ailleurs au directeur nommé par l'Assemblée générale ou par les statuts, comme au directeur ou au délégué désignés par le conseil d'administration.

La solution que nous venons d'adopter va nous permettre de répondre à la question suivante : une personne morale, et spécialement une société, peut-elle être appelée à la direction d'une société anonyme?

Pratiquement, la gérance ne pourra être exercée que par un mandataire que la personne morale se substituera à cet effet, c'est-à-dire au moyen d'une subdélégation. Il y a

donc lieu de répondre affirmativement ou négativement à cette question suivant que l'on adopte l'une ou l'autre des deux opinions qui viennent d'être exposées.

Nous raisonnons bien entendu en nous basant sur la conception qui attribue à ceux qui agissent au nom de la société le caractère de mandataires.

Si l'on admet en effet que les administrateurs et les directeurs sont les organes de la société, rien n'empêche d'admettre la possibilité, pour une société anonyme, d'exercer la direction d'une autre société anonyme. La direction sera exercée effectivement par les organes de la société gérante sans qu'il soit nécessaire d'expliquer leurs pouvoirs par une substitution de mandat, puisque les organes s'identifient avec la société elle-même (1).

---

1. Voir Albert Wahl, *Une Société peut-elle être « gérante » ou « administrateur » d'une autre société?* (*Journ. des Sociétés*, 1905, p. 289.)

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ ET DU DIRECTEUR

Le délégué et le directeur étant, soit les mandataires directs de la société quand ils ont été nommés par l'assemblée ou les statuts, soit les mandataires substitués du conseil d'administration quand c'est le conseil qui les a désignés, sont directement responsables vis-à-vis de la société de l'exécution de leur mandat.

Conformément à l'article 1992 du Code civil, ils répondent non seulement de leur dol, mais de leur simple faute et leur responsabilité doit être appréciée d'autant plus sévèrement qu'ils sont des mandataires salariés et le plus souvent rémunérés d'une façon très large. Ils répondent même de leur négligence et de leur imprudence.

La société a contre eux l'action directe de mandat (art. 1994, § 2).

Mais la responsabilité des délégués et directeurs doit être envisagée sous un autre aspect.

Il peut arriver qu'ils commettent dans leur gestion des

fautes d'où résulte pour les tiers un préjudice. Ils en seront responsables et c'est dans ce cas l'article 1382 qui est la source de leur responsabilité.

Ici, comme dans le cas précédent, le principe est très simple. C'est l'article 1382, grand véhicule du droit commun en matière de responsabilité, qui est applicable. La responsabilité du directeur et de l'administrateur délégué, au point de vue de ses conséquences civiles, doit donc être envisagée sous une double face :

1° Vis-à-vis de la société elle-même, c'est une responsabilité contractuelle, puisqu'elle a sa source dans les principes qui régissent le contrat de mandat ;

2° Vis-à-vis des tiers, c'est la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

Très souvent, la mise en jeu de la responsabilité des directeurs n'entraînera que des conséquences civiles et se traduira par des réparations pécuniaires ; mais parfois, les faits qui motivent la responsabilité revêtent une gravité exceptionnelle ; ils constituent soit des crimes ou des délits de droit commun prévus et punis par la loi criminelle, soit des infractions spéciales prévues par la législation des sociétés et comportant également une sanction pénale.

Il est donc nécessaire d'envisager successivement ces deux sortes de responsabilité civile et pénale, avec les règles qui sont propres à chacune.

TITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ CIVILE

PREMIÈRE SECTION

Divers cas de responsabilité civile

Les administrateurs d'une société peuvent encourir une responsabilité pécuniaire envers les actionnaires ou envers les tiers, soit à raison de la constitution irrégulière de la société, soit à la suite de son administration.

En est-il de même de l'administrateur délégué et du directeur?

§ 1. — *Responsabilité à raison de la constitution irrégulière de la société.*

Diverses causes d'irrégularité sont susceptibles d'entraîner la nullité de la société.

Il y a d'abord des nullités de droit commun. Ce sont

celles qui découlent de l'inobservation soit des règles relatives aux contrats en général (art. 1108), soit des règles spéciales au contrat de société (art. 1132 et suiv.).

De plus, les lois particulières aux sociétés commerciales (loi du 24 juillet 1867; loi du 1er août 1893) édictent certaines nullités spéciales.

Les éléments indispensables à la formation d'une société d'après le droit civil peuvent être ramenés à cinq :

1° Le consentement des associés;

2° Un objet licite;

3° La capacité des parties contractantes;

4° La mise de quelque chose en commun;

5° Enfin l'*animus societatis*, c'est-à-dire la participation de tous les associés aux gains et aux pertes.

Quant à la législation des sociétés commerciales, elle prévoit toute une série de conditions spéciales, sans l'observation desquelles la société est entachée d'une nullité originaire. Il sortirait du cadre de cette étude de traiter des différentes causes spéciales de nullité de la société anonyme. Il suffit d'en rappeler l'énumération :

1° Absence d'acte social ou statuts; absence de statuts écrits, authentiques ou sous-seings privés;

2° Nombre des associés inférieur à 7 (art. 23);

3° Émission d'actions ou coupons d'actions à un taux inférieur à 100 francs, si le capital social est supérieur à 200.000 francs ou à un taux inférieur à 25 francs si le capital social est de 200.000 francs ou d'un chiffre inférieur (art. 1er et 24);

4° Constitution de la société avant la souscription intégrale du capital social (art. 1, § 2);

5° Constitution de la société avant le versement légal sur chaque action (art. 1, § 2) ;

6° Absence de déclaration notariée, fausseté ou irrégularité de cette déclaration ;

7° Stipulation dans les statuts que les actions ou coupures d'action seront négociables avant le versement légal ou la constitution de la société ;

8° Stipulation que les actions d'apport seront négociables moins de deux ans après la constitution définitive de la société (art. 3) (1) ;

9° Création par les statuts ou conversion des actions nominatives en actions au porteur avant leur entière libération et antérieurement à la constitution de la société ;

---

1. L'interdiction de négocier les actions d'apport moins de deux ans après la constitution définitive de la société ne s'applique pas aux actions d'apport attribuées à une société par actions qui fusionne avec une autre société, quand la première société a, lors de la fusion, plus de deux ans d'existence (loi du 17 nov. 1903, art. 3).

S'il y a fusion de plusieurs sociétés ayant plus de deux ans d'existence en une seule société nouvelle, il y a création d'un être moral nouveau. L'actif des deux sociétés est *apporté* à la société nouvelle et tous les actionnaires des sociétés anciennes reçoivent des actions d'apport immédiatement négociables.

Si, au contraire, il y a absorption d'une société par l'autre, les actionnaires de la société absorbée recevront seuls des actions d'apport, négociables dans les conditions de la nouvelle loi.

La disposition de la loi s'applique au cas de fusion d'une société étrangère avec une société française, quand cette société a une existence légale en France en vertu d'un décret d'autorisation ou de traités diplomatiques.

10° Défaut d'approbation des apports en nature et avantages particuliers par les premières assemblées ;

11° Irrégularité des assemblées constitutives ;

12° Nomination irrégulière des premiers administrateurs et des commissaires ;

13° Violation des conditions de publicité originaire.

Il semble de prime abord que seuls les fondateurs de la société, auteurs des irrégularités qui en vicient la constitution, doivent en être déclarés responsables.

Et cependant l'article 42 de la loi de 1867, modifiée par celle du 1er août 1893, s'exprime ainsi :

> Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation.

Ce texte édicte donc à l'encontre des administrateurs et des fondateurs une responsabilité solidaire. Mais de quels administrateurs s'agit-il? Et que veut dire la loi par ces expressions « les administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue » ? Au point de vue spécial qui nous occupe, il importe de donner une réponse exacte à cette question et de déterminer, de façon précise, quelles sont les personnes responsables de la nullité de la société. Cela nous permettra de voir si les directeurs ont à participer à cette responsabilité.

La question revient à se demander à quel moment la nullité de la société est encourue. Est-ce au moment même où est commise l'irrégularité dont la nullité découle, ou est-ce au contraire au moment où la nullité est prononcée?

La majorité des auteurs et la jurisprudence placent la nullité de la société à une époque intermédiaire entre ces deux dates et voici comment se justifie cette solution. Pour qu'une société puisse être susceptible d'annulation, il faut qu'elle existe ; on ne peut annuler le néant. Jusqu'à la constitution définitive de la société, tout est à l'état de projet et si des irrégularités ont été commises, elles peuvent être réparées. La nullité de la société ne peut donc être encourue pendant cette période de préparation, pendant laquelle tout ce qui se fait en vue de la constitution de la société n'a encore qu'un caractère provisoire.

A quel moment la société est-elle donc constituée? L'article 25 de la loi de 1867 va nous le dire : la société est constituée à partir du moment où les premiers administrateurs ont accepté les fonctions qui leur sont confiées.

La nomination des premiers administrateurs précède donc légalement la constitution de la société (1). Au moment où la société est constituée, et c'est alors que la nullité pour vice de constitution est encourue, les premiers administrateurs sont en fonctions. Ce sont donc les premiers

1. Les premiers administrateurs, à moins qu'ils n'aient été désignés par les statuts, sont nommés par la deuxième assemblée constitutive. Ils sont nommés par la première assemblée quand il n'y a pas lieu de procéder à l'approbation d'apports en nature et par suite de réunir une deuxième assemblée.

administrateurs qui doivent supporter, solidairement avec les fondateurs, le poids de la responsabilité (1).

On peut se demander quel est le fondement d'une pareille responsabilité? Ce ne peut être que l'obligation implicitement imposée par la loi aux premiers administrateurs de vérifier si la société a été constituée dans les conditions légales. On conçoit d'ailleurs que cette obligation, expressément imposée au gérant de la commandite, soit mise à la charge des premiers administrateurs. En effet, le fonctionnement régulier de la société est impossible s'il existe un vice dans sa constitution. Si les premiers administrateurs ont négligé de procéder à la vérification qui leur aurait permis de découvrir l'irrégularité, c'est une faute dont il paraît équitable de leur faire supporter la responsabilité.

Ce système et le principe d'où il découle, bien qu'approuvés par d'éminents auteurs, ont cependant trouvé dans la doctrine de vives contradictions.

MM. Mathieu et Bourguignat critiquent l'obligation impo-

---

1. Lyon-Caen et Renault, n° 794. — Houpin, n° 584. — Rousseau, n° 2007. — Goirand, n° 420 et 422. — Floucaud-Pénardille, n° 507. — Cass., 27 janvier 1873. Dall., 73. 1. 331 ; Sir., 73. 1. 163. — 13 mars 1876. Dall., 77. 1. 49. Sir., 76. 1. 361. — 8 nov. 1886. Dall., 87. 1. 9 ; Sir., 87. 1. 353, note de M. Labbé. — 9 juin 1891. Sir., 91. 1. 501 ; Dall., 92. 1. 361. — Toulouse, 28 nov. 1883. *Rev.*, 1884. 422. — Lyon, 14 août 1885. *J. Soc.*, 1886, 471. — Poitiers, 26 juillet 1886. Dall., 89. 1. 245. — Paris, 28 oct. 1887. *J. Soc.*, 1889. 387. — 5 déc. 1887. Dall., 89. 2. 185. — 17 juil. 1888. *Rev. Soc.*, 1888. 486. — 5 juillet 1889. *J. Soc.* 1889. 513 ; *Rev. Soc.*, 1889, 582. — Douai, 7 février 1895. *J. Soc.*, 1895. 323 ; *Rev. Soc.*, 1895. 286. — Trib. Lyon, 9 février 1899. *J. Soc.*, 1899. 470.

sée ainsi, malgré le silence de la loi, aux premiers administrateurs, de vérifier les conditions dans lesquelles la société a été constituée.

La loi, *disent-ils*, comme elle le fait pour les membres du Conseil de surveillance, ne leur impose pas le devoir de vérifier si toutes les conditions légales auxquelles est subordonnée la constitution de la société ont été régulièrement accomplies. Le soin de ces vérifications, c'est pour les sociétés anonymes à la première assemblée générale qu'elle le confie (1).

La vérification de la constitution régulière de la société appartient, soutiennent MM. Mathieu et Bourguignat, à la première assemblée générale. Or, la loi de 1867 ne dit rien de semblable. Cette loi attribue bien à la première assemblée certains pouvoirs de vérification : elle doit vérifier la sincérité de la déclaration de souscription et de versement. Mais là s'arrêtent son droit et ses attributions.

Quant à la deuxième assemblée constitutive, son rôle est également limité d'une façon précise. Elle est chargée de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers stipulés dans les statuts, sur le rapport des commissaires nommés par la première assemblée pour apprécier ces apports et ces avantages.

Ainsi, les assemblées constitutives n'ont qu'un pouvoir de vérification partielle. La société peut être irrégulière pour bien d'autres causes que celles qui viennent d'être

1. Commentaire de la loi de 1867, n° 243.

indiquées. Qui donc devra vérifier si toutes les conditions constitutives de la société ont été observées? Il ne paraît pas possible de décider que cette obligation incombe à l'assemblée générale, puisque la loi délimite exactement son pouvoir de vérification. On est donc obligé d'admettre que le législateur, en faisant assumer aux premiers administrateurs la responsabilité des irrégularités qui accompagnent la formation de la société, a implicitement mis à leur charge l'obligation de vérifier si la constitution de la société a été régulière.

M. Mathieu, rapporteur de la loi, ne disait-il pas lui-même, d'ailleurs, dans un passage de son rapport relatif à l'article 42 :

> L'article 42 impose la responsabilité de la nullité qu'il prononce aux fondateurs, auxquels elle est imputable, et aux administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue ; les unes parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, les autres parce que, pouvant l'empêcher ils l'ont laissé commettre, et par une conséquence légitime de cette faute commune, il prononce la solidarité contre tous (1).

M. Mathieu admet donc et explique parfaitement cette obligation de vérification qu'il contestera et qu'il voudra plus tard imposer à l'assemblée générale.

Dans un autre système (2), qui tient le milieu entre ces deux doctrines, on procède par des distinctions :

---

1. V. *Moniteur universel*, 1867, p. 714.
2. Pont, n° 1293. — Cf. Montpellier, 5 février 1880. *J. Soc.*, 1880, 193.

Les premiers administrateurs étaient-ils nommés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne serait pas soumise à l'approbation de la première assemblée générale (loi de 1867, art. 25), ils sont alors responsables puisqu'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue, c'est-à-dire au moment où les actes constitutifs ont été accomplis. Au contraire, les administrateurs nommés par l'assemblée n'étant pas encore en fonctions à ce moment-là, puisque la première assemblée ne peut se réunir que quand les formalités constitutives ont été accomplies, ils ne sauraient encourir de ce chef aucune responsabilité.

Est-ce à dire que les administrateurs nommés par la première assemblée seront absolument indemnes de toute responsabilité? On ne va pas jusque-là et on admet qu'ils répondent de l'inobservation de toutes les formalités postérieures à la constitution régulière de la société et cependant nécessaires à cette constitution, c'est-à-dire des formalités de publicité prescrites par les articles 55 et 56: dépôt au greffe de l'acte constitutif et des pièces annexées, publication d'un extrait dans les journaux. La raison en est que dans cette hypothèse, ils sont en fonctions au moment où la faute est commise et où l'irrégularité est accomplie (1).

Nous avons contesté le fondement même de ce système. Pour les raisons développées plus haut, la nullité nous

1. En ce sens Vavasseur, n° 834. — Arthuys, n° 391. — Villard, *Des Attributions et de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes*, p. 108.

paraît encourue non pas à la date où se place l'acte irrégulier, mais à celle où la société se trouve définitivement constituée. Ce n'est qu'au moment précis où la société naît à la vie juridique et devient une personne morale que peut se traduire la nullité qui vicie son origine. La preuve en est que jusque-là tout n'est que provisoire et que l'irrégularité commise peut encore être réparée.

Or, nous avons vu qu'à ce moment les premiers administrateurs sont déjà en fonctions.

Nous sommes donc amené à poser les conclusions suivantes :

1° Les fondateurs et les premiers administrateurs sont solidairement responsables des vices qui affectent la constitution de la société ;

2° Par contre, les administrateurs nommés postérieurement n'encourent de ce chef aucune responsabilité (1) ;

3° Les premiers administrateurs sont responsables à l'exclusion des fondateurs des nullités tenant au défaut ou à l'irrégularité des conditions de publicité.

Reste une sérieuse difficulté relative à l'interprétation de l'article 42. Voici d'où elle provient : l'article 42 paraît mettre sur le même pied la nullité de la société et celle des actes ou délibérations.

Art. 42. — Lorsque la nullité de la société ou des actes et

---

1. En ce sens : Houpin, n° 584. — Rousseau, n° 2008. — Nîmes, 21 janvier 1881. Dall., 1881. 2. 126. — Paris, 27 octobre 1883. Dall., 85. 2. 222. — *Id.*, 14 avril 1892. Sir., 93. 2. 140 ; Dall., 92. 2. 347.

délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, etc...

Or, si l'on se reporte à l'article 41, il est facile de se rendre compte que ce texte ne vise que la nullité de la société et aucunement la nullité des actes et délibérations.

Il y a donc dans la loi une erreur de rédaction que MM. Mathieu et Bourguignat, dans leur commentaire de la loi de 1867 (1), expliquent de la façon suivante :

L'article 37 du projet, devenu ultérieurement l'article 41 de la loi, ne s'occupait pas seulement de la nullité de la société, soit pour infractions commises dans la constitution, soit pour omissions dans la publicité des délibérations et actes constitutifs ; il prévoyait même la nullité qui, sans atteindre la société alors constituée, serait venue frapper les actes et les délibérations modificatifs de ses statuts ou de sa durée, à défaut de la publicité donnée à ces actes et délibérations.

Mais le projet de loi, par suite de résolutions adoptées au sein de la commission, a pris une autre extension que celle qui avait été primitivement prévue. Ce n'est pas seulement le système de publicité relatif aux commandites par actions ou aux sociétés anonymes que la commission a voulu régler ; c'est un système général, applicable à toute société quelconque. Alors, et cela est constaté au rapport, la commission et le Conseil d'État se sont accordés pour reporter à un titre spécial, au

1. N° 242.

titre IV ci-après, le paragraphe de l'article 41, en projet, qui déterminait les suites du défaut de publication des délibérations et des actes relatifs aux sociétés anonymes, notamment de ceux qui, après qu'elles ont été constituées, viendraient à les modifier. La conséquence naturelle de ce renvoi était donc la suppression, dans notre article 42, des mots qui y concernent la nullité de ces actes et délibérations. Pourtant ils n'en ont pas disparu; ils y ont été oubliés. Il est arrivé ici ce que l'on voit parfois dans les lois les mieux ordonnées, où, lorsque le texte en a été remanié à plusieurs reprises, il peut se glisser de légères inexactitudes.

L'interprétation proposée par MM. Mathieu et Bourguignat est unanimement admise (1).

Des principes qui viennent d'être posés il résulte que l'administrateur délégué et le directeur n'encourent, à raison du moins de ces fonctions, aucune responsabilité à la suite de la nullité de la société, quand cette nullité provient d'une cause autre que le défaut de publicité.

Cependant, on voit parfois ces mandataires englobés dans la responsabilité qui découle de la nullité de la société, mais c'est à un autre titre ou par l'effet d'une autre qualité.

Très souvent, ils ont figuré parmi les fondateurs de la société; d'autre part, l'administrateur délégué peut avoir

---

1. Cass., 18 janvier 1878. Dall., 79. 1. 209; Sir., 78. 1. 441. — Voir aussi Douai, 7 décembre 1888. *J. Soc.*, 1891. 511. — Seine, 9 mars 1892. *Rev. Soc.*, 1892, 313. — Houpin, n° 1024. — Pont, n° 1290. — Arthuys, n° 812.

été au nombre des premiers administrateurs. C'est alors en leur qualité soit de fondateurs, soit de premiers administrateurs qu'ils participent à la responsabilité solidaire édictée par l'article 42.

On peut concevoir encore une autre hypothèse : il peut se faire que, quoique n'ayant figuré ni parmi les fondateurs ni parmi les premiers administrateurs, ils aient, à un titre quelconque, coopéré aux fautes qui ont entraîné la nullité. Dans ce cas leur responsabilité est engagée, responsabilité fondée non pas sur l'article 42 de la loi de 1867, mais sur l'article 1382 du Code civil. Ils sont considérés en quelque sorte comme les complices des fautes commises (1).

Le directeur et le délégué sont donc, en cette qualité, absolument étrangers à la responsabilité établie par l'article 42, à l'encontre des fondateurs et administrateurs.

Mais supposons le cas où la nullité de la société est

---

1. Voir en ce qui concerne la responsabilité de tous ceux qui coopèrent aux fautes des fondateurs ou des premiers administrateurs, fautes ayant entraîné la nullité de la société : Cass., 18 mars 1891 ; Dall., 1891. 1. 403. — *Id.*, 16 mai 1892. Dall., 1892. 1. 348. — Cass., 6 février 1893. Dall., 1893. 1. 263.

D'après l'opinion généralement adoptée, l'augmentation du capital social est soumise aux mêmes conditions et formalités que la constitution de la société. Si ces formalités n'ont pas été remplies, l'augmentation du capital social est nulle et non avenue. La responsabilité qui découle de cette nullité peut atteindre l'administrateur-délégué et le directeur dans les mêmes conditions que la responsabilité découlant de la constitution irrégulière.

d'une évidence telle qu'elle ne puisse passer inaperçue ; les directeurs, quoique connaissant la nullité initiale de la société, ont continué à la gérer et à accomplir en son nom des actes qu'ils savaient viciés dans leur principe. N'y a-t-il pas là pour les délégués et les directeurs, non seulement pour ceux qui sont nommés à l'origine de la société, mais pour tous ceux qui se succèdent à la direction des affaires, une faute lourde entraînant leur responsabilité ?

Il paraît bien difficile de l'admettre et de les rendre responsables d'actes frauduleux ou de fautes qu'ils n'ont pas commises, d'irrégularités auxquelles ils sont restés complètement étrangers. C'est en ce sens que la jurisprudence se prononce pour les administrateurs ordinaires nommés postérieurement à la première assemblée (2). La même solution doit s'appliquer *a fortiori* au directeur étranger au conseil.

Quant aux causes de nullité extrinsèques, c'est-à-dire tenant au défaut de publicité, les irrégularités d'où elles découlent doivent être assimilées à des fautes de gestion imputables au directeur et au délégué dans la mesure et suivant les règles qui seront établies ultérieurement pour ce genre de fautes.

---

1. En ce sens : Nîmes, 21 janv. 1881. Dall., 81. 2. 126. — Paris, 27 octobre 1883. Dall., 85. 2. 222. — *Id.*, 14 avril 1892. Sirey, 93. 2. 140, note. — Rousseau, n° 2008. — Houpin, n° 584.

§ 2. — *Responsabilité à raison de l'administration de la société.*

Il faut poser en principe que la responsabilité des directeurs à raison de l'administration de la société est la même que celle des administrateurs ordinaires et qu'elle obéit aux mêmes règles, celles fixées par l'article 32 du Code de commerce et l'article 44 de la loi de 1867.

Art. 32 com. — Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.

Art. 44, loi de 1867. — Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

En effet, quand les directeurs sont nommés par le conseil, ils sont des mandataires substitués, directement responsables vis-à-vis de la société de la même façon que le conseil lui-même (art. 1992, § 2). Quand leur nomination est l'œuvre de l'assemblée ou des statuts, ils sont,

de même que les administrateurs ordinaires, les mandataires directs de la société.

Il y a donc lieu, au point de vue de la responsabilité, de les assimiler à ces derniers et on peut distinguer à leur égard, comme le fait l'article 44, deux causes de responsabilité : la faute de gérance ou de gestion et la violation de la loi. On doit y ajouter, bien que la loi n'en fasse pas mention, la violation des statuts : tout le monde est d'accord sur ce point (1).

En dernière analyse cependant, ces trois catégories de fautes se ramènent à un type unique, la faute de gestion. Le devoir qui incombe aux administrateurs de la société de n'enfreindre ni la loi ni le pacte social fait en effet partie des obligations de leur mandat. Par conséquent, s'ils trangressent ce devoir, ils commettent une faute de gestion. L'infraction à la loi ou aux statuts n'est en définitive qu'un élément d'aggravation de la faute.

Intérêt pratique de la distinction. — La distinction entre ces trois catégories de fautes présente un intérêt pratique aux deux points de vue suivants :

1° *Appréciation de la faute.* — A ce point de vue, il faut distinguer entre la violation de la loi d'une part, et d'autre part la violation des statuts et la faute de gérance.

La violation de la loi présente en effet cette particularité que la responsabilité qui en découle s'impose en quelque sorte aux juges, en ce sens que les administrateurs

1. Lyon-Caen et Renault, n° 824. — Rousseau, n° 2233. — Houpin, n° 820.

ou directeurs coupables doivent être condamnés par le seul fait que la loi a été violée et que de cette infraction résulte un préjudice. Ils n'ont pas à rechercher si la violation de la loi constitue une faute assez grave pour donner lieu à des dommages-intérêts. Dès qu'il y a manquement à la loi, il y a faute suffisante pour entraîner la responsabilité des coupables.

Ils n'ont à cet égard aucun pouvoir d'appréciation.

Ils ont au contraire, en ce qui concerne les fautes de gestion et la violation des statuts, un libre pouvoir d'appréciation sur la faute ; ils ont notamment le droit d'absoudre ses auteurs, si elle ne leur paraît pas atteindre un degré de gravité suffisant et leur décision sur ce point échappe au contrôle de la Cour de cassation (1).

La faute n'a donc plus ici le même caractère strict et absolu et cette différence se conçoit :

La faute commise ne consiste plus en effet dans un manquement à la loi, mais dans la violation d'un contrat. Or, les obligations légales sont plus étroites que les obligations conventionnelles et lorsqu'un acte est prétendu illicite parce qu'il viole un contrat, le pouvoir d'appréciation du juge du fait est presque illimité.

2° *Effets du* quitus *ou de la ratification de l'assemblée générale.* — L'assemblée générale peut accorder aux administrateurs et directeurs, soit un *quitus*, soit une ratification des actes accomplis, soit une renonciation à poursuites. Elle

1. Cass. req., 9 mars 1909. Dalloz, 1909. 1. 351.

peut aussi transiger avec eux au sujet de leur gestion. Mais ces diverses décisions ont-elles pour effet d'éteindre l'action sociale à l'égard de toutes les fautes commises? L'assemblée générale n'a de pouvoir que sur les actes qui constituent une violation du mandat qu'elle a donné à ses représentants. Ses votes ne peuvent donc couvrir que les simples fautes de gestion. Il ne lui appartient pas d'absoudre après coup les mandataires de la société d'un acte qu'elle ne pouvait autoriser. Les infractions à la loi ne peuvent donc, dans aucun cas, être couvertes par un vote de l'assemblée générale.

Quant aux statuts, l'assemblée générale n'a pas le droit de les modifier. Il paraît donc logique d'admettre qu'elle ne peut ratifier un acte accompli en violation des statuts, ce qui équivaudrait à une modification avec effet rétroactif. S'il en était autrement, le pacte social serait à la merci de l'assemblée générale et les précautions prises par la loi pour le mettre à l'abri de ses atteintes deviendraient illusoires (1).

Mais une assemblée générale extraordinaire aurait le droit de modifier les clauses des statuts qu'on peut appeler les clauses « secondaires » ; ce sont celles qui visent seulement l'organisation et l'administration de la société et auxquelles on peut apporter des changements sans porter

---

1. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, n° 827. — Thaller, n° 668 et note. Dalloz, 1898. 1. 569. — Levillain, note. Dalloz, 1904. 2. 121. — Décugis, *Somm. Soc.*, 1902. 338.

atteinte aux bases constitutives de la société et sans altérer l'essence du pacte social (1).

Une assemblée extraordinaire pourrait donc donner *quitus* aux mandataires de la société à la suite de contraventions à une clause des statuts qu'elle pourrait modifier. « La possibilité de modifier la clause en question implique celle d'innocenter les atteintes qu'elle a reçues (2). »

Pour que le vote de l'assemblée fût valable il faudrait, bien entendu, que l'ordre du jour de l'assemblée portât expressément l'objet de la délibération (3).

A. — *Violation de la loi*

De quelles infractions l'article 44 veut-il parler ? Il ne s'agit pas, bien entendu, des infractions qui sont de nature à entraîner la nullité de la société, mais de celles relatives

1. *Doctrine*, Houpin, t. II, n° 907 ; Rousseau, t. I, n° 2435 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 865 · Labbé, note sous Cass., 27 juin 1881, Sirey, 1884. 1. 441 ; Lacour, note sous Cass., 29 janvier 1894 ; Dalloz, 1894. 1. 313 ; Thaller, notes sous Cass., 30 mai 1892 ; Dalloz, 1893. 1. 105 et 26 novembre 1894, Dalloz, 1895. 1. 57. *Jurisprudence*. Cass., 30 mai 1892 ; Sirey, 1892. 1. 561 ; Dalloz, 1893. 1. 105 ; Cass., 18 juillet 1894 ; Sirey, 1894. 1. 409 ; Cass., 25 novembre 1894 ; Sirey, 1895. 1. 133 ; Dalloz, 1895. 1. 57 : Paris, 19 avril 1875 ; Sirey, 1876. 2. 113 ; Dalloz, 1875. 2. 161 ; Besançon, 29 juillet 1889 ; Sirey, 1891. 2. 107 ; Dalloz, 1890. 2. 331 ; Bourges, 6 avril 1892 ; Dalloz, 1893. 2. 347.

2. Levillain, note précitée. — En ce sens : Cass., 21 juin 1881. Dalloz, 1881. 1. 165. — Cass. req., 3 décembre 1883. Dalloz, 1884. 1. 339, et Sirey, 1885. 1. 97 avec note de Labbé. — Paris, 6 mai 1885. Dalloz, 1886. 2. 25. — Seine, 4 août 1904. *Journ. Soc.*, 1905. 87.

3. En ce sens : Thaller, note précitée.

à l'administration et au fonctionnement de la société.

L'article 44 a voulu viser toute cette série de devoirs spéciaux et d'obligations exorbitantes du droit commun que la législation des sociétés a imposés aux administrateurs.

Les administrateurs doivent notamment :

1° Convoquer les assemblées générales, veiller à la régularité de leur composition et assurer la régularité de leur fonctionnement (art. 27 et suiv. de la loi de 1867) ;

2° Faire procéder par l'assemblée générale à la nomination des commissaires (art. 32) ;

3° Communiquer aux commissaires, pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale, les livres et les opérations de la société (art. 33) ;

4° Dresser chaque semestre un état sommaire de la situation active et passive. Établir chaque année un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société. Communiquer aux commissaires l'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale (art. 34) ;

5° Déposer au siège social quinze jours au moins avant l'assemblée générale annuelle, l'inventaire, le bilan, la liste des actionnaires et le rapport des commissaires. Communiquer aux actionnaires qui en font la demande, l'inventaire et la liste des actionnaires ; leur donner copie du bilan et du rapport des commissaires (art. 35) ;

6° Opérer annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social (art. 36);

7° Provoquer en cas de perte des trois quarts du capital la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société (art. 37);

8° Faire en cas d'émission, d'exposition, de mise en vente et d'introduction de titres sur le marché, la publicité prévue par la loi de finances du 30 janvier 1907.

Ces diverses obligations, rentrant dans l'administration courante des sociétés, incombent généralement aux directeurs et font partie des attributions qui leur sont confiées. Ils ont donc presque toujours à supporter la responsabilité qui en découle.

Voici quelques exemples empruntés à la jurisprudence : engagent leur responsabilité vis-à-vis des actionnaires, l'administrateur délégué d'une société anonyme qui présente sciemment à l'assemblée générale des bilans et des inventaires inexacts (1); — le directeur qui ne provoque pas, en cas de perte des trois quarts du capital social, la réunion d'une assemblée générale appelée à statuer sur la dissolution. La responsabilité du directeur est engagée, alors même que cette perte des trois quarts du capital social se

1. Paris, 28 juin 1894. Dalloz, 1895. 2. 527, aff. de la Société des métaux.

trouverait provenir non de la perte du capital souscrit, mais de la différence entre le prix pour lequel la société a acquis l'actif net, après liquidation, d'une autre société et la somme relativement infime produite par la réalisation de cet actif (1).

Pas plus que les administrateurs ordinaires, les directeurs ne peuvent prendre un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale (art. 40). La violation de cette règle engagerait également leur responsabilité s'il en résultait un préjudice pour la société (2).

B. — *Violation des statuts*

Les clauses les plus diverses pouvant être insérées dans les statuts, les cas de responsabilité sont susceptibles de varier à l'infini ; on ne peut citer que des exemples.

L'administrateur délégué et le directeur ont été déclarés responsables d'avances considérables, effectuées par eux en dehors des conditions prévues par le pacte social (3),

1. Trib. com. Seine, 10 février 1908. *Gazette du Palais*, 1908, p. 351, aff. de la Société l'Espérance, Mailluchet directeur. — Voir encore, en ce qui concerne la non-provocation de la dissolution en cas de perte des trois quarts du capital social, Cass., ch. civ., 21 janvier 1891. Dalloz, 1892. 1. 237. — Douai, 21 mars 1899. Dalloz, 1901. 2. 364.

2. Paris, 18 mars 1887. Dalloz, 1888. 2. 129 et note 8, p. 132.

3. Trib. Seine, 15 février 1894. *Rev. des Soc.*, 1894, p. 145.

notamment d'avances consenties à divers débiteurs non garanties par des valeurs négociables, comme les statuts le prévoyaient (1) ; de l'emploi des ressources de la société à des comptes ouverts aux administrateurs alors que les statuts interdisaient ce genre d'opérations (2).

Le directeur serait également responsable s'il ne remettait pas chaque mois au conseil, quand les statuts lui en font un devoir, les comptes de l'exploitation (3).

C. — *Fautes de gérance ou de gestion*

Il n'existe dans la loi aucune énumération des diverses fautes de gestion qui peuvent être commises dans l'administration de la société anonyme.

Lors de la discussion de la loi de 1867, il fut bien proposé un amendement qui tendait à déterminer un certain nombre de faits d'où devait découler la responsabilité des administrateurs ; mais cet amendement ne fut pas pris en considération. Il était bien difficile en effet d'énumérer *a priori* toutes les hypothèses qui peuvent se présenter dans la pratique et mieux valait laisser aux tribunaux le soin

---

1. Paris, 26 nov. 1906. *J. des Trib. de comm.*, 1907. 491.

2. Même arrêt du 26 novembre 1906.

3. Paris, 18 juillet 1895. Dalloz, 1896. 2. 78, affaire de la Société de dépôts et comptes courants. Voir aussi les autres décisions rendues dans la même affaire : Trib. comm. Seine, 15 janvier 1894. *Rev Soc.*, 1894. 145, et Trib. civil Seine, 8 juin 1894. *Gazette du Palais*, 1894. 2. 182.

de rechercher les fautes en s'inspirant des principes du droit commun.

On peut diviser les fautes de gestion en deux catégories et distinguer suivant que les directeurs agissent en dehors de leurs pouvoirs ou dans les limites de leurs attributions.

L'intérêt de cette distinction est le suivant : un acte accompli par le directeur en dehors de ses pouvoirs, constitue par lui-même une faute d'où peut découler la responsabilité de son auteur. Le premier devoir d'un mandataire est en effet de se tenir strictement dans les limites de son mandat et de ne rien faire qui dépasse ses attributions. Le seul fait qu'il agit au delà de ses pouvoirs constitue un manquement à ses obligations, manquement qui peut entraîner sa responsabilité. Dans ce cas les juges n'ont pas à rechercher si l'acte accompli est bon ou mauvais, s'il a été plus ou moins habilement conçu et exécuté avec plus ou moins de prudence, sinon pour en tirer un élément d'aggravation de la faute qui existe par le seul fait de l'acte accompli.

Toutefois, ils peuvent absoudre le directeur coupable si la faute ne leur paraît pas d'une gravité suffisante pour motiver la responsabilité.

Quant aux actes qui rentrent dans les pouvoirs du directeur ou du délégué, la faute résulte soit du défaut d'exécution d'un acte qui devait être accompli, soit de la mauvaise exécution de cet acte par négligence, imprudence ou dol, et la bonne ou mauvaise exécution de l'acte est une question de fait qui dépend de l'appréciation des juges du fond.

Les fautes pouvant varier à l'infini, nous allons parcourir à titre d'exemple celles qui ont été le plus fréquemment relevées par la jurisprudence à l'encontre de l'administrateur délégué ou du directeur.

1° *Actes accomplis par les directeurs agissant en dehors de leurs pouvoirs.* — Ces actes étant innombrables et ne pouvant faire l'objet ni d'une énumération ni d'un classement, il suffira de citer les espèces suivantes, sanctionnées par la jurisprudence.

Les directeurs sont responsables des prêts consentis par eux sans qu'ils y soient autorisés (1).

D'autres fois, c'est le cas inverse qui se produit. Le directeur emprunte à un tiers pour le compte de la société et lui donne comme garantie hypothécaire les immeubles sociaux, alors qu'il n'a pas le pouvoir d'accomplir des actes d'une pareille gravité ; il est responsable des conséquences de cette opération (2).

Seraient également responsables : l'administrateur délégué qui, sans en avoir reçu mandat, recevrait des fonds provenant de la souscription du fonds social (3) ; — le directeur qui engagerait la société dans des spéculations et des affaires étrangères à son objet et pour lesquelles il n'a reçu aucun pouvoir spécial (4).

---

1. Paris, 21 juillet 1873. *Le Droit*, 3 août 1875.
2. Paris, 26 novembre 1906. *J. des trib. de commerce*, 1907, p. 491.
3. Trib. civ. d'Angers, 10 avril 1899. *Rev. Soc.*, 1899, p. 466.
4. Aff. de la Société des dépôts et comptes courants : voir décisions citées ci-dessus.

2° *Fautes commises par le directeur ou le délégué agissant dans les limites de leurs attributions. — Détournement des fonds de la société; Dilapidation du capital social.* — La responsabilité de ces mandataires est engagée lorsque par des manœuvres frauduleuses de nature à constituer, au point de vue pénal, un abus de confiance, ils détournent des fonds appartenant à la société et les emploient à leur avantage personnel.

Parfois, les détournements se pratiquent sur de vastes proportions et avec un plan systématique. Ils peuvent constituer une véritable dilapidation du capital social (1).

Sommes touchées sans justification d'emploi. — D'autres fois il n'y a pas, à vrai dire, de détournements de fonds, mais le directeur, sans être convaincu de s'être approprié

---

1. L'exemple le plus remarquable de manœuvres de ce genre que l'on rencontre dans l'histoire des sociétés est certainement, tant au point de vue de l'ingéniosité des combinaisons employées que de l'importance des opérations frauduleuses, celui du Crédit Viager. Paris, 7 juin 1892. D. 1893. 2. 59. Blanchard, directeur de cette société, se concerta avec la Société des dépôts et comptes courants, à qui il devait une somme de 9 millions de francs, et réussit, au moyen de toute une série de combinaisons frauduleuses, à réaliser entièrement l'actif du Crédit Viager et à le verser à son acquit à la Caisse des dépôts et comptes courants. Le montant de l'actif détourné par cette colossale opération s'élevait à plus de 7 millions. Blanchard et la Société des dépôts et comptes courants furent déclarés solidairement responsables envers le Crédit Viager et condamnés à lui rembourser la somme détournée.

Voir un autre exemple de détournements opérés par le directeur dans l'espèce solutionnée par l'arrêt de la Cour de Paris du 5 novembre 1890. *Rev. Soc.*, 1891, p. 22.

frauduleusement de l'argent puisé dans la caisse sociale, a cependant touché des fonds appartenant à la société, dans l'intérêt de laquelle il ne peut justifier en avoir fait emploi. Il est responsable de ces sommes et il doit les rembourser à la Société (1).

Opérations imprudentes ou frauduleuses. — La responsabilité du directeur est également engagée par toute opération frauduleuse ou seulement imprudente ayant entraîné le désastre de la société ou ayant contribué à sa ruine : c'est ainsi que constitue une faute lourde à la charge des administrateurs et du directeur l'acquisition, pour un prix hors de toutes proportions avec sa valeur réelle, de l'actif net à provenir de la liquidation d'une autre société, alors surtout qu'ils se sont abstenus de procéder, au moment de la prise de possession, à l'inventaire prescrit par les statuts, lequel aurait révélé la valeur réelle de l'actif acquis. La faute de gestion est d'autant plus grave qu'elle se double d'une violation des statuts (2).

Constituent aussi des fautes lourdes de gestion : le fait par le directeur, d'avoir payé des commissions exagérées pour le placement des actions et obligations émises par la société, alors surtout que des appointements avaient déjà été alloués aux inspecteurs et employés chargés de ce placement (3) ; — l'achat d'un immeuble, fait par le directeur,

---

1. Paris, 3 déc. 1890. *Journ. Soc.*, 1893, p. 65.

2. Trib. comm. Seine, 10 fév. 1908. *Gazette du Palais*, 1908, p. 351.

3. Même arrêt, affaire de la Compagnie d'assurances l'Espérance.

pour le compte de la société pour un prix bien supérieur à sa valeur réelle afin de permettre la collocation hypothécaire d'une banque qui n'aurait jamais pu venir en ordre utile sur la valeur réelle de l'immeuble (1).

Irrégularités de la comptabilité. — Le directeur est responsable du défaut de régularité de la comptabilité. Ce grief est fréquemment soulevé dans les procès en responsabilité. Très souvent, en effet, le directeur coupable essaie de cacher les fautes et les irrégularités commises en truquant ou falsifiant la comptabilité.

La falsification de la comptabilité est tantôt considérée comme un grief connexe aux autres et les aggravant, tantôt comme un chef spécial et distinct de responsabilité.

C'est ainsi qu'il a été décidé que le directeur d'une société anonyme, chargé d'effectuer les rentrées et les dépenses, de diriger le personnel et de conduire les travaux des bureaux, est responsable de la mauvaise tenue des livres et des erreurs commises par les comptables sur lesquels il avait autorité et qu'il a négligé de surveiller (2).

Mais, le plus souvent, les vices de la comptabilité et les irrégularités des livres de la société sont connexes à d'autres fautes. Ils se lient à des fraudes et à des irrégularités beaucoup plus graves.

Le directeur soumet, par exemple, au conseil ou à l'assemblée générale une comptabilité truquée, dissimulant

1. Paris, 7 janvier 1892. Dall., 1893. 2. 59. Aff. du Crédit Viager.

2. Montpellier, mars 1890. *Revue Soc.*, 1891, p. 96.

les opérations frauduleuses de la société, de manière à donner à ces opérations une apparence normale. Les décisions retiennent alors la mauvaise tenue de la comptabilité comme un élément d'aggravation de la faute et de la responsabilité (1).

Défaut de surveillance du personnel. — Le directeur et l'administrateur délégué sont responsables du personnel qu'ils ont sous leurs ordres, la surveillance du personnel faisant partie de leurs attributions. Mais ils n'en sont pas responsables de plein droit en vertu de l'article 1384 du Code civil. C'est ainsi que l'administrateur délégué ne serait responsable des malversations d'un caissier que s'il s'était rendu coupable à son égard d'un défaut de surveillance (2).

Distribution de dividendes fictifs. — Enfin, une cause de responsabilité très fréquente, la seule mentionnée spécialement par la loi de 1867, c'est la distribution de dividendes fictifs.

Le plus souvent, d'ailleurs, cette faute de gestion s'aggrave de manœuvres frauduleuses et constitue un délit.

Dans beaucoup de procès en responsabilité, nous voyons cette faute relevée et constituer une des charges les plus graves à l'encontre des directeurs (3).

---

1. Voir en ce sens : Seine, 15 janvier 1894. *Rev. Soc.*, 1894, p. 145. — Paris, 20 nov. 1906. *Journ. trib. de com.*, 1907, p. 491.

2. Lyon, 18 juin 1891. *Rev. Soc.*, 1892, 132.

3. Voir notamment aff. de la Société des dépôts et comptes courants. — Aff. de l'Espérance.

SECTION II

Conditions de la responsabilité

Trois conditions sont nécessaires pour que la responsabilité civile des directeurs soit encourue :

1° Une faute ;

2° Un préjudice causé ;

3° Une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice.

1° *Une faute*. — Il faut que la faute soit juridiquement établie et nettement précisée. L'existence d'un préjudice, même considérable, ne suffirait pas à rendre répréhensibles les actes accomplis par les directeurs, si ces actes ne constituent pas une faute bien déterminée (1).

On a vu d'ailleurs que le seul fait par le directeur de commettre une violation de la loi ou d'accomplir un acte sortant des limites de ses pouvoirs, constitue par lui-même une faute.

Mais un fait quelconque reproché à l'administrateur délégué ou au directeur ne peut constituer une faute que

1. Cassation, 21 janv. 1891. Dall., 1892. 1. 237. Aff. de la Caisse générale de réassurances et de co-assurances. Le directeur Barbet avait fait pour le compte de la société des opérations de bourse désastreuses. La Cour de cassation l'exonère cependant de toute responsabilité par le fait que, s'étant inspiré de l'intérêt social et ayant d'ailleurs agi dans les limites de son mandat, il n'a commis aucune faute. — Paris, 19 juin 1901. *Journ. Soc.*, 1902, p. 413. — Voir en ce sens Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, 5e éd., t. II, n° 1269.

si ces mandataires ont agi librement et de leur propre initiative. Ils doivent être exonérés de toute responsabilité quand ils ne font qu'exécuter les ordres de leur mandant qui est la société.

Ils ne commettent aucune faute personnelle et n'encourent aucune responsabilité, soit quand ils accomplissent un acte prévu par les statuts, soit lorsqu'ils exécutent une décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. L'acte ainsi accompli peut constituer par lui-même une faute; il peut être une opération désastreuse et de nature à compromettre gravement les intérêts sociaux. Peu importe. Les directeurs et délégués sont couverts, leur premier devoir étant d'obéir aux prescriptions du pacte social et aux ordres qui leur sont donnés au nom de la société.

Ils ne sauraient être tenus d'aucune responsabilité (1).

La même solution devrait être admise si, au lieu d'ordonner l'accomplissement de l'acte incriminé, l'assemblée générale l'avait par sa ratification approuvé une fois accompli, à condition bien entendu que cette ratification ait été obtenue sans dol ni fraude (2).

---

1. Voir en ce sens : Cass., 2 juillet 1901. Dall., 1903. 1. 173. Cet arrêt a été prononcé à la suite d'un arrêt de Dijon du 24 avril 1899. Dall., 1903. 1. 171, rendu dans l'hypothèse où le directeur avait agi en exécution des statuts. Et pour l'hypothèse où le directeur exécute les ordres qui lui sont donnés, voir Cass., 24 janvier 1870. Dall., 1870. 1. 178.

2. Voir en ce sens : Rouen, 30 mars 1885. *Rev. Soc.*, 1885. 701. — Cas., 21 janvier 1891. Dall., 1892. 1. 237. Aff. de la Caisse générale des réassurances et des co-assurances ; Barbet, directeur. — Montpellier, 26 mars 1890. *Rev. Soc.*, 1891. 96.

La détermination de la faute est une question de fait laissée dans chaque cas à l'appréciation des tribunaux, qui ont à cet égard un pouvoir souverain.

La jurisprudence se montre avec raison plus sévère dans l'appréciation de la faute quand la responsabilité des directeurs est mise en jeu par la société elle-même, que quand ce sont de simples tiers qui figurent au procès. Les directeurs sont en effet liés à la société par un contrat aux affaires sociales ; d'autre part, ils touchent des appointements. On comprend donc que tout manquement aux obligations nées de ce contrat soit sévèrement apprécié. Le lien contractuel qui les unit à la société est plus strict et plus étroit que l'obligation générale qui leur incombe de ne causer aucun préjudice aux tiers.

Il ne faut pas cependant exagérer cette différence dans l'appréciation de la faute et aller aussi loin que la Cour de Paris dans l'affaire de la Compagnie Immobilière (1).

D'après elle, les administrateurs ne devraient aux tiers « aucune diligence de conduite ».

La Cour s'est très vraisemblablement servie d'expressions dépassant sa pensée. Prises au pied de la lettre, elles signifieraient, en effet, que les administrateurs sont responsables d'une faute positive, mais non de leur négligence, c'est-à-dire d'une faute par défaut d'agir. Or, il n'en est certainement pas ainsi, la faute délictuelle ou quasi-délictuelle pouvant résulter aussi bien d'une simple omission ou d'une négligence que d'un fait positif.

1. Paris, 16 avril 1870. Dall., 1870. 2. 121.

Pour que la faute entraîne la responsabilité, il faut en principe qu'elle ait été commise personnellement par les directeurs dont la responsabilité est mise en jeu et ceux-ci ne sauraient en principe être tenus de fautes commises après la cessation de leurs fonctions.

Cependant ils peuvent, dans certains cas, être déclarés responsables conjointement et solidairement avec leurs successeurs des fautes commises par ces derniers, mais à deux conditions.

Il faut : 1° qu'ils aient commis personnellement certaines fautes pendant la durée de leurs fonctions ;

2° Qu'il y ait entre les fautes contemporaines de leur gestion et les fautes ultérieures un enchaînement, un lien; un rapport de cause à effet, de telle sorte qu'il soit impossible de distinguer si le préjudice souffert par les actionnaires est résulté des unes ou des autres.

Les Tribunaux sont alors amenés à décider que c'est l'ensemble des fautes commises qui est la cause du préjudice.

Ces conditions sont précisées par la Cour suprême dans un arrêt du 5 mai 1896 (1).

Attendu en droit, *décide-t-elle*, que toute faute est personnelle et que celui-là seul qui l'a commise peut être condamné à la réparer; que ce principe s'applique en matière d'administration de sociétés comme en toute autre matière ;

1. Dall., 1897. 1. p. 20. Aff. héritiers Blavoyer et de Bousquet, contre Societé des dépôts et comptes courants.

Que si chacun des administrateurs actionnés en responsabilité peut être condamné à la réparation du préjudice total causé à la société; s'il peut même l'être pour des fautes commises après qu'il a cessé ses fonctions, c'est à la condition, d'une part, qu'il y ait faute commune et impossibilité de diviser la responsabilité, d'autre part, qu'il soit constaté entre les fautes commises par les premiers et les derniers administrateurs un enchaînement tel qu'on n'en puisse séparer les conséquences, c'est-à-dire que le préjudice résultant des secondes fautes ait un lien direct et nécessaire avec les premières.

Cet arrêt ne vise que les administrateurs, mais pour les mêmes motifs, la solution qu'il adopte est applicable au directeur de la société.

Examinons maintenant l'hypothèse inverse : le directeur ou l'administrateur délégué peuvent-ils être déclarés responsables de fautes commises par les précédents administrateurs ou directeurs? Leur responsabilité ne peut être engagée que s'ils accomplissent des actes impliquant approbation des fautes antérieurement commises. Il faut tout d'abord qu'ils aient eu connaissance des fautes commises par leurs prédécesseurs. Comment pourraient-ils être censés avoir approuvé des fautes qu'ils ne connaîtraient pas ? Il faut de plus, comme dans l'hypothèse précédente, que des fautes personnelles aient été commises et que toutes ces fautes s'enchaînent les unes aux autres de telle façon qu'on ne puisse déterminer la part de chacune dans le fait dommageable.

C'est ainsi notamment que la responsabilité du directeur existerait s'il approuvait et présentait lui-même à l'assemblée générale de faux bilans dressés par ses prédécesseurs ; de même, s'il publiait en vue d'une émission d'actions de fausses notices, des rapports mensongers rédigés antérieurement à son entrée en fonctions (1). Couvrir ainsi de sa personnalité, de son honorabilité et de son crédit des actes coupables et une situation mensongère constitue une violation des devoirs que la loi impose aux administrateurs des sociétés.

Mais alors une question se pose. En pareil cas, que doivent faire les administrateurs ou le directeur au moment de leur entrée en fonctions ? Ils ne connaissent pas la situation exacte de la société ; ils la croient brillante et prospère ; mais ils ne tardent pas à s'apercevoir que cette apparence de prospérité a été obtenue frauduleusement au moyen de faux rapports et de bilans irréguliers. Quelle doit être leur attitude en présence de la situation qui leur apparaît ? S'ils restent en fonctions, leur devoir est incontestablement de révéler aux actionnaires le péril couru par la société. Leur silence serait coupable et, même à défaut de tout acte positif, il devrait être considéré comme une

---

1. Voir en ce sens Cass. Req. 31 mars 1896. Dall., 1897. 1. p. 21. — Cass. civ., 18 mars 1891. Dall., 1891. 1. p. 401. Aff. de la Société des forges et hauts fournaux de Marquise. — Dans la première espèce, c'était un administrateur ordinaire qui était poursuivi en responsabilité ; dans la deuxième, c'était le président du conseil d'administration, mais les mêmes solutions sont applicables par analogie aux directeurs de la société.

adhésion à l'état de choses préexistant. C'est ce qui ressort très nettement des arrêts rapportés.

Mais peuvent-ils du moins donner leur démission et une pareille attitude peut-elle justifier leur silence? Il paraît difficile de ne pas l'admettre et les décisions semblent bien n'imposer l'obligation d'informer les intéressés de ce qui se passe et de leur dévoiler la situation, qu'à l'administrateur qui reste en fonctions et non à celui qui se démet de ses pouvoirs.

En définitive, on peut conclure de tout ce qui précède que pour entraîner la responsabilité des directeurs, la faute doit être *personnelle*. S'ils peuvent, dans certains cas, encourir la responsabilité de fautes commises antérieurement ou postérieurement à leur entrée en fonctions et auxquelles ils n'ont pas directement participé, c'est pour les fautes postérieures, parce qu'elles sont la conséquence de leurs fautes personnelles, et pour les fautes antérieures, parce qu'ils les ont connues et approuvées; c'est, en dernière analyse, parce qu'ils ont commis une faute personnelle.

2° *Un préjudice.* — La responsabilité est subordonnée au préjudice éprouvé. De ce principe découlent les deux conséquences suivantes: 1° Si aucun préjudice ne résulte de la faute ni pour les tiers ni pour les actionnaires, aucune responsabilité n'en découle, et cela est vrai même au cas de violation de la loi. Les directeurs et administrateurs délégués ne sont pas inévitablement et fatalement responsables par cela seul qu'ils ont contrevenu à une prescription légale. La responsabilité prévue par l'article 44 de la loi

de 1867 est celle du droit commun ; or, d'après le droit commun, pour qu'il y ait responsabilité, il faut qu'il existe un préjudice (1) ; 2° D'autre part, l'étendue de la responsabilité doit être proportionnelle au dommage subi. Nous verrons ultérieurement les conséquences de cette règle et ses applications pratiques.

3° *Une relation de cause à effet entre la faute et le préjudice.* — Il ne suffit pas qu'un jugement constate d'une part et retienne que des fautes ont été commises, et que d'autre part il reconnaisse l'existence d'un préjudice, pour qu'il puisse prononcer la responsabilité.

Il faut de plus que la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice soit établie et ressorte nettement des motifs de la décision qui, sans cela, encourrait la censure de la Cour suprême (2).

SECTION III

Envers qui existe la responsabilité

« Les administrateurs, dit l'article 44 de la loi de 1867, sont responsables envers la société et envers les tiers. »

C'est envers les mêmes personnes que la responsabilité de l'administrateur délégué et du directeur peut être engagée, mais leur responsabilité existe en outre vis-à-vis

---

1. En ce sens Mouret, n 241.
2. Voir en ce sens Cassation, 2 juillet 1901. Dall., 1903. 1.237.

du Conseil d'administration quand c'est par le conseil qu'ils ont été nommés. Ils sont, en effet, dans ce cas, ses mandataires directs.

1° *Responsabilité vis-à-vis de la société.* — Vis-à-vis de la société, la responsabilité des directeurs ne saurait dans aucune hypothèse être contestée.

Ils sont en effet ou les mandataires directs de la société ou les mandataires substitués du conseil, et dans les deux cas leur responsabilité dérive des principes ordinaires du mandat.

Mais leur responsabilité peut aussi être engagée non plus envers la société, personne morale, être collectif, mais envers les actionnaires, c'est-à-dire envers les associés pris individuellement et cela de deux façons différentes. Tout d'abord les actionnaires peuvent agir en leur qualité d'acheteurs de titres : leur action a dans ce cas pour fondement un quasi-délit commis par les directeurs pour leur faire acheter des titres et provoquer leur entrée dans la société. Ils se basent le plus souvent sur de faux rapports, des bilans mensongers, des distributions de dividendes fictifs ou autres manœuvres dolosives employées pour faire croire à une prospérité qui n'existait pas.

Ils exercent alors l'action délictuelle ou quasi-délictuelle de l'articles 1382 du Code civil. C'étaient des tiers au moment où se placent les faits incriminés. Ils agissent en leur qualité de tiers (1).

1. Voir les espèces suivantes dans lesquelles les actionnaires agissent en leur qualité d'acheteurs d'actions : Paris, 22 avril

Mais les directeurs sont-ils responsables envers les actionnaires pris non plus en leur qualité d'acheteurs d'actions, mais en leur qualité d'associés ? Ceux-ci peuvent-ils, en d'autres termes, exercer contre les administrateurs et les directeurs, mandataires de la société, les actions sociales en responsabilité ?

Une première opinion, encore enseignée par certains auteurs, notamment par MM. Lyon-Caen et Renault, leur refuse ce droit.

Les administrateurs, *disent ces auteurs*, sont les mandataires de la société ou, si l'on veut, de l'ensemble des actionnaires qui les nomment à la majorité ; les administrateurs ne sont pas les mandataires de chaque actionnaire pris individuellement(1).

Ainsi, la personnalité morale de la société s'interpose entre les administrateurs et les actionnaires. La personnalité de ceux-ci disparaît, de telle sorte qu'il n'existe de lien contractuel qu'entre la société, personne morale, et ses mandataires(2).

La question nous paraît expressément résolue par

1870. Dalloz, 1870. 2. 121. Aff. de la Compagnie Immobilière ; — Paris, 31 mai 1892. Dalloz, 1893. 2. 249 avec la note de M. Pic ; — Orléans, 4 juillet 1893. *Rev. Soc.*, 1893. 460 ; — Paris, 28 juin 1894. Dalloz. 1895. 2. 523 ; — Tribunal Civ. Seine, 6 mars 1894 ; Rev. Soc , 1895. 349 ; — *Id.*, 8 juin 1894. *Rev. Soc.*, 1894.483 et Dalloz, *Rép. Suppl.*, n° 1529 en note, aff. de la Société des Dépôts et Comptes courants ; — Lyon, 14 juin 1895. *Rev. Soc.*, 1895. 549.

1. Lyon-Caen et Renault, n° 827.

2. En ce sens Labbé, note Sirey, 1885. 1. 97.

l'article 17 de la loi de 1867 dans le sens contraire à cette première opinion. Ce texte concède à des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social la faculté d'exercer une action contre les membres de la gérance « sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel ».

L'action que chaque associé peut exercer en son nom personnel est évidemment de même nature que celle dont parle la première partie de l'article, c'est-à-dire une action basée sur un préjudice souffert par le poursuivant en sa qualité d'actionnaire. Aussi la majorité de la doctrine et de la jurisprudence reconnaît-elle à l'actionnaire le droit d'exercer individuellement cette action (1).

C'est donc que les mandataires de la société sont responsables vis-à-vis des actionnaires pris individuellement. Reste à expliquer cette responsabilité et à en rechercher le fondement.

M. Labbé, dans une première opinion qu'il abandonna ensuite, l'explique ainsi : la personnalité morale de la société est limitée aux rapports de la collectivité avec les tiers. Dans les rapports des associés entre eux, la personnifi-

---

1. *Doctrine.* — Pont, t. II, n° 1706. — Vavasseur, t, II, n° 745. — Thaller, n° 670 et note sous Paris, 6 mai 1885. Dall., 1886. 2. 25. — Mathieu et Bourguignat, n° 159. — Dall. *Répert.* V° *Sociétés*, n° 1408. — Willemin, p. 61

Jurisprudence.— Cass., 10 déc. 1898. Dalloz, 1879. 1. 5 ; — *Id.*, 15 août 1880. Sirey, 1882. 1. 176 ; Dalloz. 1882. 1. 80 ; — *Id.*, 28 juillet 1896. Dalloz, 1897. 1. 34 ; — *Id.*, 10 mai 1897. Dalloz, 1898. 1. 73 ; — *Id.*, 7 nov. 1898. Sirey, 1899. 1. 269.

cation de la société disparaît et les administrateurs sont les mandataires directs de la société (1).

Mais cette responsabilité peut s'expliquer sans qu'il soit besoin de limiter ainsi par un procédé factice la personnalité morale de la société et en faisant simplement intervenir l'idée de mandat. Au contrat de société, en effet, se superpose toujours un contrat de mandat. L'actionnaire donne mandat à la société de faire fructifier sa mise. Pour ce faire, la société doit recourir à des mandataires. Le mandat donné par l'actionnaire à la société implique donc celui de prendre elle-même des mandataires. Les mandataires de la société sont par suite les mandataires substitués des associés, et ceux-ci peuvent, en conséquence, l'article 1994 leur en donne expressément le droit, agir directement contre les administrateurs et les directeurs (2).

On peut ainsi trouver dans l'idée de mandat substitué un fondement très rationnel à la responsabilité directe des mandataires de la société vis-à-vis des actionnaires pris individuellement.

Sur cette délicate question, la pensée de M. Thaller est hésitante et cet auteur paraît admettre avec peine, au point de vue doctrinal tout au moins, le droit d'action individuelle des actionnaires (3).

---

1. Labbé, note sous Cassation, 11 nov. 1873. Sir., 1874. 1. 97.

2 Perroud, *De l'Exercice des actions judiciaires par les actionnaires*, p. 106.

3. Voir les différentes explications de Thaller, n° 670. et notes Dall., 1886. 2.25 et 1893. 1. 105.

La responsabilité des directeurs peut aussi être engagée vis-à-

2° *Responsabilité vis-à-vis des tiers.* — Indépendamment des actionnaires agissant en leur qualité d'acheteurs d'actions, lesquels constituent une première catégorie de tiers, l'administrateur délégué et le directeur peuvent encourir une responsabilité à l'égard de deux catégories de personnes :

1° Les tiers avec lesquels ils traitent en abusant de la raison sociale ;

2° Les créanciers de la société, spécialement les obligataires.

A l'égard des premiers, la responsabilité découle des règles ordinaires du mandat.

Conformément à l'article 1997 du Code civil, la responsabilité du directeur cessera s'il prouve avoir donné au tiers qui a traité avec lui une connaissance suffisante de ses pouvoirs. La faute est alors déplacée et le tiers a commis une imprudence dont il doit supporter seul les conséquences en consentant à traiter, bien qu'il connût les limites des pouvoirs du directeur.

C'est d'ailleurs à ce dernier à prouver que le tiers connaissait les limites de ses pouvoirs. Mais lui suffira-t-il, pour dégager sa responsabilité, d'établir la preuve que les statuts ou l'acte social fixant ses pouvoirs ont été publiés et les tiers sont-ils en faute par le seul fait qu'ils n'ont pas, avant de traiter, consulté les publications légales ?

---

vis de certaines catégories d'associés (porteurs d'actions de priorité ou de partis de fondateurs), par exemple lorsqu'ils ont dissimulé à leur détriment tout ou partie des bénéfices afférents à certains exercices.

A cet égard, il y a lieu de faire la distinction suivante, généralement admise. S'agit-il d'un acte d'administration courante, les tiers sont en droit de croire que le directeur de la société a le pouvoir de l'accomplir et si cet acte lui est interdit, c'est à lui à en prévenir le tiers avec lequel il traite. S'agit-il au contraire d'un acte plus grave, d'une aliénation immobilière, d'une constitution d'hypothèque, d'une opération en un mot que le mandataire général ne peut pas accomplir, les tiers sont en faute s'ils traitent sans consulter les statuts ou l'acte qui fixe les pouvoirs du directeur et celui-ci n'encourt aucune responsabilité, bien qu'il n'ait pas prévenu le tiers de son défaut de pouvoirs (1).

Envers les créanciers sociaux, la responsabilité du directeur et de l'administrateur délégué peut exister de deux façons différentes : ils peuvent être responsables soit vis-à-vis de tel ou tel créancier, soit vis-à-vis de la masse des créanciers de la société.

Ils peuvent, en effet, à l'occasion de tel acte déterminé, commettre une faute qui cause un préjudice à la partie contractante, en se faisant par exemple consentir un prêt au moyen de manœuvres dolosives destinées à tromper le tiers sur la véritable situation financière de la société, en trompant un acheteur sur la qualité d'une marchandise vendue.

Le simple droit commun suffit alors à faire naître à leur encontre une obligation de responsabilité.

1. En ce sens Mouret, n° 298.

Mais leur responsabilité peut aussi être engagée à l'égard de la masse des créanciers, lorsque par leurs agissements frauduleux ou leur mauvaise gestion, ils dilapident ou compromettent le capital social, gage commun des créanciers. L'action ne peut être exercée tant que la société est *in bonis*. Elle naît après la faillite et est exercée par le syndic.

Aux créanciers sociaux il faut assimiler les obligataires. Entre eux et les administrateurs il n'existe aucune relation de mandants à mandataires. Les administrateurs et les directeurs sont en effet les mandataires des associés ; or, les obligataires ne sont pas associés ; ils sont des créanciers et ne sont que cela. Les directeurs ne sont donc tenus à leur égard que dans les termes du droit commun, conformément aux articles 1382 du Code civil et 44 de la loi de 1867 (1).

Il y a lieu d'observer que les tiers pourraient exercer par la voie oblique et par application de l'article 1166 du Code civil, l'action sociale appartenant à la société, leur débitrice. Mais en fait, cette action sera le plus souvent moins avantageuse pour eux que l'action de délit, les tiers pouvant se voir opposer toutes les exceptions et fins de non-recevoir qui peuvent faire échec à l'action sociale.

---

1. Voir jugement. du trib. de la Seine du 6 janvier 1874. *Gazette des Trib.*, 7 janvier 1874 qui avait adopté la thèse contraire et l'arrêt de Paris du 27 déc. 1883. Dall., 1884, 2. 222 qui a infirmé ce jugement.

3° *Responsabilité envers le conseil d'administration.* — Les directeurs nommés par le conseil d'administration sont les mandataires substitués du conseil. Or, il est de principe qu'entre le mandataire et celui qu'il s'est substitué la situation est la même qu'entre le mandant et le mandataire (1).

D'autre part, les administrateurs étant responsables en principe des actes de leur mandataire substitué (art. 22), il arrivera que dans les procès en responsabilité, administrateurs et directeurs seront en général impliqués conjointement et solidairement dans les poursuites.

La responsabilité spéciale des directeurs envers le conseil se traduira donc en fait par un recours qui sera ouvert aux membres du conseil d'administration à l'encontre de leur mandataire substitué (2).

SECTION IV

Étendue de la responsabilité

A. — *Principe.* — L'étendue de la responsabilité est basée sur la gravité du préjudice causé. La réparation du préjudice est la mesure des dommages-intérêts qui seront alloués à la partie lésée.

---

1. En ce sens : Pont, t. I, n° 1028. — Laurent, t. XXVII, n° 494. *Supp.* Dall. V° Mandat, n° 112.

2. *Vide infra*, p. 165.

L'appréciation de la gravité du préjudice et l'évaluation des dommages est une question de fait qui dépend entièrement de l'appréciation des tribunaux (1). Le mode de réparation est également laissé à leur appréciation.

Les acheteurs d'actions lésés obtiennent le plus souvent tout ou partie de la différence entre le prix d'achat et le prix de revente de leurs actions (2).

D'autres fois, le directeur et les administrateurs sont condamnés à rembourser aux actionnaires le prix d'achat de leurs actions, sous réserve de la remise des titres aux administrateurs et sous déduction des coupons touchés (3).

Si une créance a été perdue par la faute ou la négligence du directeur, il sera condamné à tenir compte aux actionnaires de la perte de cette action (4).

---

1. Les différents procès qui ont été engagés contre les administrateurs et le directeur de la Société des Métaux fournissent un exemple typique des appréciations diverses auxquelles peuvent donner lieu les réparations pécuniaires à allouer.

Tandis que le tribunal de la Seine n'alloue aux actionnaires que la moitié du prix déboursé ou de la différence entre les prix d'achat et de revente, en tenant compte de la connaissance qu'avaient les actionnaires, des aléas immenses courus par la société (Seine, 6 mars 1895. *Rev. Soc.*, 1895, p. 349), la Cour de Paris leur accorde le remboursement intégral de la perte subie (Paris, 28 juin 1894. *Rev. Soc.*, 1894, p. 412) et le tribunal de commerce le remboursement du tiers seulement de la perte (Trib. com., de la Seine, 27 mai 1895. *Rev. Soc.*, 1895, p. 502).

2. Voir note précédente.

3. Trib. civ. de la Seine, 8 juin 1894. *Rev. Soc.*, 1894, p. 483.

4. Paris, 20 juillet 1873. Aff. du sous-comptoir du com. et de l'industrie.

Si le directeur est déclaré responsable de la mauvaise tenue des livres, il sera condamné à rembourser à la société les frais occasionnés par le rétablissement de la comptabilité en désordre (1).

Quelquefois encore les décisions posent seulement le principe de la responsabilité et condamnent à des dommages-intérêts à fixer par état (2).

Sans qu'il soit nécessaire de multiplier les exemples, on peut dire qu'il y a là avant tout une question d'espèces et que dans chaque cas particulier les tribunaux recherchent *le mode de réparation* qui leur paraît le plus adéquat au préjudice.

B. — *Atténuation de la responsabilité. — Faute commune.* — Conformément au droit commun en matière de responsabilité civile, il y a lieu à une certaine atténuation de la responsabilité, variable suivant les circonstances particulières à chaque espèce, quand il y a faute commune aux directeurs et à la partie lésée.

Considérant, *dit la Cour de Paris* (3), que l'auteur d'un dommage injuste est tenu de réparer ce dommage dans son intégralité ; que ce principe ne comporte d'exception que dans

---

1. Montpellier, 26 mars 1890. *Rev. Soc.*, 1891, p. 96.

2. Trib. Com. de la Seine, 28 mai 1890. Dall., 1893. 1. 52. Affaire de la société des métaux. — Paris, 26 novembre 1906. *Jour. des trib. de comm.*, 1907. 491. Aff. des ciments de Portland de Rudniki.

3. 28 juin 1894 : Dalloz, 95. 2. 523. Aff. Calmann et autres, contre Secrétan, Laveissière et autres.

la mesure où la partie lésée a concouru elle-même par quelque faute personnelle, à l'atteinte portée à ses intérêts.

Considérant qu'avec raison le tribunal a relevé contre Calmann le bas prix (200 francs) de son acquisition du 5 mars, cette baisse excessive et significative des cours n'ayant pu lui laisser aucune illusion sur l'état d'ébranlement de la société à cette date ; ni lui permettre de continuer raisonnablement à faire crédit aux dires et agissements des administrateurs, etc.

Donc, en ce qui concerne spécialement les acheteurs d'actions, la réparation doit être égale au préjudice qu'ils ont éprouvé, c'est-à-dire que les dommages-intérêts qui leur sont alloués doivent représenter soit la différence entre le prix d'achat et de revente des actions, soit, si elles ont perdu toute valeur, la valeur intégrale du prix d'achat ; mais la condamnation doit être atténuée quand l'acheteur a commis une faute personnelle, par exemple quand l'acquisition se place à une époque où la baisse des cours ne pouvait laisser à toute personne sérieuse aucune illusion sur le déclin des affaires et la ruine imminente de la société.

SECTION V

Responsabilité du conseil a raison des actes de l'administrateur délégué et du directeur. — Répartition de la responsabilité.

§ 1. — *Responsabilité du conseil à raison des actes du directeur et de l'administrateur délégué.*

Il faut distinguer suivant le mode de nomination de ces mandataires :

1° *Le directeur ou l'administrateur délégué a été nommé par le conseil d'administration.* — Lorsque le directeur ou le délégué sont nommés par le conseil, leur caractère de mandataire substitué crée un lien de droit direct entre eux et la société, de telle sorte que celle-ci peut exercer directement contre eux l'action de mandat (art. 1994, al. 2).

Mais faut-il conclure de là que tout lien se trouve brisé d'une part entre le conseil d'administration et la personne qu'il s'est substituée, d'autre part entre le conseil et la société ?

Ce serait tout à fait contraire aux règles du mandat :

D'après l'article 1994, § 1er, en effet, le mandataire est responsable, vis-à-vis du mandant, de celui qu'il s'est substitué dans les deux cas suivants :

1° Quand il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un ;

2° Quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation de personne et que celle qu'il a choisie était notoirement incapable ou insolvable.

En est-il de même du directeur mandataire substitué du conseil d'administration et quelle va être exactement la responsabilité du conseil relativement aux actes accomplis par lui ?

D'après l'article 22 de la loi de 1867, les administrateurs peuvent, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils seront responsables envers elle.

Mais de quelle responsabilité s'agit-il dans cet article et quelle a été en l'édictant la pensée exacte du législateur ?

A-t-il voulu simplement se référer à la responsabilité de droit commun en matière de mandat substitué ?

A-t-il entendu reproduire la responsabilité très restreinte prévue par l'article 1994, § 1er, ou bien a-t-il voulu édicter une responsabilité spéciale, exceptionnelle ?

Il semble bien, à s'en tenir au texte même de l'article 22, qu'on doive l'entendre d'une responsabilité toute différente de celle prévue par l'article 1994. Et, en effet, si le législateur avait voulu simplement s'en référer à cet article, il l'aurait certainement indiqué. Or il n'y fait pas la moindre allusion; il parle de responsabilité « tout court », donc de responsabilité sans limites ni réserves, de responsabilité pleine et entière, non restreinte aux cas spécifiés

par l'article 1994 et s'appliquant par suite même aux actes accomplis par un directeur qui n'était pas au moment de sa nomination notoirement incapable ou insolvable.

Telle est l'interprétation qui paraît se dégager très nettement du texte lui-même. Cette manière de voir est d'ailleurs confirmée par les Travaux Préparatoires de la loi de 1867.

Au cours de la discussion, plusieurs opinions furent développées. M. le député Josseau soutint énergiquement le principe d'une responsabilité limitée. Pour lui, la responsabilité sans limite était dangereuse et inopportune.

Une responsabilité illimitée serait, *disait-il*, excessive, injuste, et elle aurait pour effet inévitable d'éloigner des conseils d'administration une foule d'hommes honorables, sérieux, capables, et dont le concours serait le plus à rechercher (1).

En conséquence il demandait, au cas où l'article 22 serait ainsi entendu, la suppression des sept derniers mots de cet article.

Le rapporteur de la commission répondit vigoureusement aux objections de M. Josseau.

La morale et la justice, *s'écriait-il*, comporteraient-elles que des hommes eussent le titre d'administrateurs d'une société, qu'ils en eussent les bénéfices matériels et honorifiques et qu'après s'être déchargés de la partie la plus considérable des

1. Dall., 1867. 4. p. 110.

pouvoirs qui leur incombent sur un mandataire, ils puissent dire, si ce mandataire est en faute : nous n'en répondons pas, adressez-vous, non aux mandataires directs de la société, mais à l'homme qu'il se sont substitués ? La commission ne croit pas possible d'adopter l'interprétation de M. Josseau et elle maintient l'article tout entier (1).

Aussi, la pensée des rédacteurs mêmes du texte paraît des plus claires. Ils ont voulu viser, non seulement la responsabilité des « tares personnelles » du mandataire substitué prévue par l'article 1994, mais une responsabilité beaucoup plus large et englobant tous les actes accomplis par le mandataire dans le cours de sa gestion.

Le Commissaire du gouvernement, le garde des Sceaux s'exprimèrent aussi fortement que le rapporteur dans le sens d'une responsabilité complète.

Il est naturel, *déclara M. Cornudet*, commissaire du gouvernement, que de même que les administrateurs sont responsables de leurs actes personnels quand ils administrent eux-mêmes, ils soient responsables des actes de ceux à qui ils ont délégué leurs pouvoirs et qu'ils en soient responsables ni plus ni moins qu'ils le seraient de leurs propres actes.

Voilà, en définitive, à quoi se réduit l'article. Il est sensé, juste, raisonnable, conforme aux principes et éminemment favorable aux intérêts de la société (2).

---

1. Mathieu et Bourguignat, p. 153.
2. Mathieu et Bourguignat, p. 154.

Et M. le garde des Sceaux Baroche ajoutait :

La société laisse, tout en faisant peser la responsabilité sur le directeur substitué, les administrateurs responsables de celui qu'ils se sont substitué, de telle sorte que la société n'est pas exposée au danger de voir les administrateurs qu'elle connaissait et dans lesquels elle avait mis sa confiance, s'effacer et mettre à leur place un directeur qu'elle ne connaît pas (1).

Il ne paraît pas douteux que la Chambre ait entendu, en votant après tant d'observations contraires l'article 22, s'approprier le sens que lui donnaient et le gouvernement et la commission.

Il faut donc admettre que l'article 22 comporte une extension du droit commun. La responsabilité du conseil vis-à-vis du directeur est une responsabilité qui n'est soumise à aucune restriction et qui est, par conséquent, beaucoup plus complète que celle du mandataire ordinaire vis-à-vis de celui qu'il s'est substitué.

Mais, que faut-il décider en ce qui concerne, non plus le directeur étranger à la société, mais le directeur actionnaire et l'administrateur délégué? Le conseil est-il responsable de ces agents, et si oui, quelle est, à leur égard, la nature et l'étendue de sa responsabilité?

De ce que l'article 22 déclare les administrateurs responsables du mandataire étranger à la société, il ne faudrait

1. *Idem.*

pas conclure par voie de raisonnement *a contrario*, que lorsqu'ils choisissent un mandataire associé, il sont à l'abri de toute responsabilité à raison de ses actes.

A notre avis, la responsabilité du conseil doit être la même, que le mandataire qu'il se substitue soit actionnaire ou qu'il soit étranger à la société.

Tout d'abord, si ce mandataire est pris dans le sein même du conseil, il possède la double qualité de délégué et d'administrateur. A ce dernier titre, il relève directement de l'assemblée générale.

Il est responsable, vis-à-vis de la société, en vertu de l'article 44 de la loi de 1867, d'après lequel les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société. Il est, suivant l'expression de M. Mathieu, rapporteur de la loi, enveloppé dans la responsabilité collective que le droit commun et les statuts imposent aux administrateurs (1).

Or, c'est précisément par le jeu de cette responsabilité solidaire que les administrateurs peuvent, le cas échéant, être rendus responsables des actes de leur délégué.

Il n'était donc pas besoin d'édicter à cet égard une responsabilité spéciale, et on comprend fort bien que l'article 22 ait laissé complètement hors de ses prévisions l'administrateur délégué.

Reste enfin l'hypothèse où le directeur est actionnaire, mais non administrateur. Dans quelle mesure le conseil

---

1. Mathieu et Bourguignat, n° 180.

en est-il responsable et quel est le fondement de sa responsabilité? En premier lieu, il est incontestable que le conseil est responsable du choix lui-même de son mandataire, si ce mandataire est notoirement incapable ou insolvable (art. 1994). De plus, le conseil conserve sur son mandataire un droit de contrôle et de surveillance qu'il ne peut abdiquer. Il est donc responsable de toutes les fautes commises par lui et qu'une surveillance plus assidue ou un contrôle plus actif auraient pu empêcher (1).

En définitive et pratiquement, le conseil d'administration est responsable dans toutes les hypothèses, et dans la même mesure, des actes de ses mandataires substitués. Seul, le principe de la responsabilité est différent dans les divers cas (2).

Par application de ces principes, il a été jugé qu'il y a faute grave de nature à engager la responsabilité des administrateurs, lorsqu'ils ont toléré l'émission par le directeur de traites hors de proportion avec l'état financier de la société et organisé ainsi un système de circulation factice constituant un emprunt déguisé (3).

Il y a également une faute de la part des administrateurs qui ont imprudemment choisi un directeur incapable pour lui créer une situation. Ils sont responsables du préjudice que l'inexpérience de ce directeur a causé à

---

1. Vavasseur, t. II, n° 802.
2. Bédarride, t. II, n° 356.
3. Paris, 30 juillet 1867. Affaire de la société des Houillères et fonderies de l'Aveyron. Dall. 1867, 2. 238.

la société, s'ils lui ont notamment laissé consentir des prêts extra-statutaires, ont négligé de vérifier le portefeuille, lequel contenait nombre d'effets en souffrance et ont certifié sincères et véritables des inventaires inexacts dans lesquels le directeur avait fait figurer à l'actif un certain nombre d'effets irrécouvrables (1).

La responsabilité des administrateurs serait même engagée bien que les agissements du directeur aient été accomplis à leur insu, si du jour où la situation leur a été révélée, ils n'ont pas désavoué l'auteur de la mauvaise gestion ; ils ratifient tacitement par leur silence les actes accomplis par lui et s'associent à sa responsabilité (2).

La responsabilité incomberait non seulement aux administrateurs en fonctions au moment où les fautes ont été commises, mais encore à leurs successeurs s'ils ont eu le tort de ne pas procéder à une vérification de la situation antérieure, vérification qui leur aurait révélé les agissements dolosifs commis précédemment (3).

Cependant, les administrateurs devraient être exonérés de toute responsabilité dans les cas suivants :

1° Quand le mandataire susbstitué agit en dehors de ses pouvoirs. C'est l'application de la règle générale d'après laquelle le mandant n'est pas responsable des actes accom-

1. Grenoble, 6 juillet 1875. Dall., *Rép. Supp.* V° *Sociétés*, n° 1535 note, 1 aff. du Crédit Mutuel de Montélimar.

2. Trib. Com. Seine, 15 janvier 1894, aff. de la Société des dépôts et comptes courants: Armand Donon, directeur, *Rev. Soc.*, 1894. 145.

3. Seine, 10 février 1908. 351. Gaz. Palais, 1908. 2. 351.

plis par le mandataire qui excède ses pouvoirs, à moins qu'il n'ait autorisé ces actes ou qu'il les ait ratifiés, soit expressément, soit tacitement (art. 1998 C. civ. § 2)(1);

2° Quand il a agi en violation des instructions expresses et formelles du conseil d'administration (2);

3° Enfin, quand les administrateurs prouvent qu'ils se sont livrés à un contrôle sérieux des actes de leur mandataire substitué, que la faute commise par lui était de nature à échapper à leur contrôle et qu'ils n'ont pu l'empêcher.

C'est ainsi que la Cour de Rouen a déclaré que le conseil était exempt de toute responsabilité dans les circonstances suivantes: l'administrateur délégué avait gardé chez lui des factures importantes dues par la société, factures qu'il avait payées de ses deniers personnels. Il ne les avait pas portées au siège social, ni dans les écritures. Cette dissimulation avait fait supposer une situation meilleure et on avait distribué des dividendes fictifs (3).

La Cour de Paris a également jugé dans un arrêt du 5 novembre 1890, que les administrateurs ne sont pas responsables des détournements opérés par le directeur ayant qualité d'administrateur délégué et seul chargé de la gestion des affaires sociales, s'il a eu recours à des fraudes que les administrateurs n'étaient en mesure ni de prévoir ni de déjouer (4).

---

1. Paris, 30 juin 1867, *sup. cit.* Dalloz, 67. 2. 238.
2. Même arrêt.
3. Rouen, 16 avril 1889. *Rev. Soc.*, 1890. 30.
4. *Rev. Soc.*, 1891. 22 et note 1.

2° *Le directeur ou l'administrateur délégué a été nommé par l'Assemblée générale ou par les statuts.* — Le principe doit être alors renversé. Les administrateurs ne peuvent être responsables d'une personne qu'ils n'ont pas appelée eux-mêmes aux fonctions qu'elle exerce et qui est le mandataire direct de la société. La Chambre des requêtes a notamment jugé en ce sens que les administrateurs ont pu être déclarés non responsables des fautes du directeur lorsque les juges relèvent leur bonne foi et le fait que le directeur n'était pas leur mandataire, alors d'ailleurs que les fautes imputées au directeur et la part que les administrateurs y ont eue, ont été examinées par les juges qui y ont reconnu l'absence de toute faute de la part des administrateurs (1).

Ils ne seraient responsables que dans les deux cas suivants :

a) S'ils avaient participé aux actes du directeur ou de l'administrateur délégué et coopéré à ses fautes ;

b) S'ils s'étaient rendus coupables à son égard d'un défaut de contrôle et de surveillance, à moins, ce qui est très rare, que les statuts ne fassent au directeur une situation absolument indépendante du conseil.

Ainsi, bien que partant de principes absolument opposés, on arrive dans les deux hypothèses à une conclusion identique, à savoir que le conseil d'administration n'est responsable des actes des directeurs que quand il s'est

---

1. Req., 11 juillet 1870. Dalloz, 1871. 1. 137.

rendu coupable à leur égard d'un défaut de surveillance ou d'un contrôle insuffisant.

Voici quelques applications de ce principe général :

Les membres du conseil d'administration sont responsables non seulement envers la société, mais auss envers les tiers, et notamment envers les créanciers sociaux, du préjudice causé à ces derniers par l'inexécution de leur obligation de surveiller la gestion du directeur lorsque ce défaut de surveillance constitue de leur part une faute dans le sens de l'article 1382 du Code civil; il n'est pas nécessaire pour que la responsabilité de ces administrateurs soit engagée, qu'ils aient sciemment coopéré aux actes préjudiciables du directeur, sauf aux juges à tenir compte de la bonne foi et de la gratuité de leurs fonctions dans l'appréciation de la réparation due aux tiers lésés(1); — La responsabilité d'un administrateur, vis-à-vis de la société constituée pour l'exploitation d'une banque, n'est pas engagée *de plano* et par cela seul qu'il n'a pas fait connaître au conseil d'administration, quand ils lui ont été révélés, les procédés irréguliers de comptabilité auxquels s'était livré le directeur de la banque dans une précédente entreprise de même nature, du moins la connaissance qu'il a eue des irrégularités antérieures lui impose-t-elle l'obligation de veiller d'une manière toute spéciale sur la gestion et doit, en principe, le rendre responsable des pertes qui seraient reconnues résulter, pour la

1. Req., 13 janvier 1869. Dalloz, 1870. 1. 67.

société, d'une surveillance insuffisante des faits et actes du directeur(1) ; — Les administrateurs sont responsables des dilapidations du directeur si elles ont été facilitées par leur confiance aveugle, leur négligence et leur défaut de surveillance (2) ; — Le directeur statutaire qui, en violation flagrante des instructions et des rappels qui lui furent donnés par le conseil d'administration, a procédé ou laissé procéder sous sa direction à des approvisionnements hors de proportion avec les besoins d'une maison naissante, commet une faute dont la responsabilité doit peser toute entière sur lui à l'exclusion des autres administrateurs qui ont accompli ce qu'il était de leur devoir et en leur pouvoir de faire en rappelant d'abord le directeur à l'observation du plan tracé et en lui imposant ensuite sa démission (3).

Les seules différences pratiques entre les deux hypothèses qui viennent d'être examinées sont les suivantes :

1° Quand le directeur a été nommé par le conseil d'administration, les membres du conseil doivent, pour être exonérés de toute responsabilité, prouver qu'il ont exercé un contrôle actif des actes de leur mandataire substitué et que la faute commise était de nature à échapper à ce contrôle ; ils doivent offrir cette preuve par voie de défense à l'action dirigée contre eux.

---

1. Req., 9 juillet 1888. Dalloz, 1888. 1. 321.
2. Paris, 10 mars 1892. *Rev. Soc.*, 1892. 186.
3. Trib. com. de Bordeaux, 16 novembre 1904. *Rev. Soc.*, 1905. 400.

Dans le cas contraire, la responsabilité du conseil d'administration n'est engagée que s'il est prouvé contre lui qu'il ne s'est pas livré à une surveillance sérieuse des actes accomplis par le directeur. La charge de la preuve est déplacée et incombe, non plus aux administrateurs, mais aux demandeurs en responsabilité ;

2° L'appréciation du défaut de contrôle et de surveillance doit être plus rigoureuse dans le premier cas que dans le second (1).

Il faut remarquer, enfin, que dans les deux hypothèses, la responsabilité du conseil est dégagée quand l'acte incriminé a été ratifié par l'Assemblée générale (2), à moins toutefois, que cette ratification n'ait été obtenue par des moyens frauduleux.

Attendu, *dit la Cour de cassation*, dans un arrêt du 13 novembre 1893 (3), que des constatations souveraines de l'arrêt attaqué, lequel est suffisamment motivé, il résulte que si les assemblées générales de la société ont approuvé les actes de la gestion du directeur Boulau, c'est parce qu'elles ont été trompées par des manœuvres que le conseil d'administration aurait déjouées, s'il avait rempli ses devoirs de contrôle et de surveillance avec le soin qu'il était tenu d'y apporter, etc.

---

1. En ce sens : Cassation, 11 juin 1870. Dall., 1871. 1. 137. Aff. de la Société des papeteries d'Essonne.

2. Grenoble, 6 juillet 1875, précité.

3. Dall., 1894. 1. 383. *Rev. Soc.*, 1894. 530. Aff. de l'Assurance financière. — Dans le même sens : Rouen, 13 juin 1887. *Rev. Soc.*, 1888. 81. — Paris, 19 mars 1890. *Id.*, 1890. 298.

§ 2. — *Répartition de la responsabilité entre les administrateurs et les directeurs.*

Première hypothèse. — *Les directeurs et les administrateurs ont coopéré aux fautes commises.* — La responsabilité peut alors être prononcée contre tous les co-auteurs de la faute commune, individuellement ou solidairement.

Les administrateurs, *dit l'article 44*, sont responsables individuellement ou solidairement, suivant les cas, et d'après le droit commun.

A. — *Responsabilité vis-à-vis de la société.* — Le droit commun en matière de responsabilité imputable à plusieurs mandataires est contenu dans l'article 1995 du Code civil : « Quand il y a plusieurs mandataires ou fondés de pouvoir établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux que si elle est exprimée. »

En principe, la responsabilité encourue à la suite de l'administration d'une société anonyme est donc purement individuelle et de ce principe découlent les deux conséquences suivantes :

1° Les juges du fond doivent rechercher tout d'abord si les faits allégués sont démontrés, puis quelle part chaque administrateur ou directeur actionné y a prise, afin d'en déduire également sa part de responsabilité, chacun n'étant tenu que dans la mesure du préjudice qu'il a personnellement causé ;

2° Doit être exonéré de toute responsabilité tout directeur et administrateur qui n'a pas pris part aux fautes commises (1).

Mais le principe de la responsabilité individuelle souffre une dérogation très importante empruntée également au droit commun :

La condamnation doit être prononcée solidairement, quand la faute commise présente le caractère d'une faute commune et indivisible et qu'il est par conséquent impossible de déterminer la part prise par chacun dans les faits incriminés. Il est admis, en effet, par la presque unanimité de la doctrine et par la jurisprudence que l'article 1995 doit recevoir exception en cas de faute commune aux mandataires multiples (2).

La même solution est applicable aux administrateurs et directeurs de sociétés (3).

---

1. Voir sur le principe et ses conséquences. Dalloz, *Supp.* V° *Sociétés*, n°s 1539 et suiv. — Houpin, t. II, n° 824. — Rousseau, t. I, n° 2268 suiv. — Thaller, n° 667. — Lyon-Caen et Renault, n° 825. — Vavasseur, t. II, n° 857. Cass., 3 décembre 1890. Dalloz, 91. 1. 117. *Id.*, 18 mars 1891. Dalloz, 91. 1. 401. — Paris, 7 janvier 1892. Dalloz, 1893. 2. 59.

2. En ce sens : Larombière, article 1202, n° 22. — Pont, t. I, n° 1036. — Demolombe, *Obligations*, t. III, n° 280 *bis*. — Aubry et Rau, t. IV, § 298 *ter*, Colmet de Santerre, t. V, n° 135 *bis*. — Guillouard, *Du Mandat*, n° 114. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 651. — En sens contraire, Laurent, t. XXVII, n° 470. — Huc, t. XII, n° 65.

3. Boistel, p. 214 et Dalloz, 92. 2. 33. — Lyon-Caen et Renault, t. II., p. 825. — Houpin, t. I, n° 456. — Conf. Levillain. Dalloz, 90. 2. 321. — Cohendy. Dalloz, 92. 1. 179. — Pic, 93. 2. 249. — Voir *Jur.* citée. Dalloz, *Supp.* V° *Soc.*, n° 1542.

B. — *Responsabilité vis-à-vis des tiers.* — Le principe unanimement admis à l'heure actuelle, c'est que tous ceux qui ont participé à un délit ou à un quasi-délit en sont tenus solidairement (1). Une très ancienne jurisprudence qui a son origine dans le droit romain admet ce principe, bien qu'il ne soit pas écrit dans les articles 1382 et suivants.

La plupart des décisions fondent la solidarité sur cette considération que le fait dommageable est indivisible et qu'il est impossible d'en répartir la responsabilité entre ses auteurs. On est donc obligé de condamner chacun pour le tout. C'est ainsi une condamnation *in solidum* plutôt qu'une véritable condamnation solidaire (2).

D'où la conséquence suivante, admise par la Cour de cassation : s'il est possible de discerner la part que chacun a prise dans la faute, la condamnation solidaire ne peut être

---

1. En ce sens : Merlin, *Quest. de droit.* V° *Solidarité*, § 2. — Delvincourt, t. III, p. 683. — Rauter, *Législation criminelle*, t. I, p. 181. — Boncenne, *Traité de la Procédure*, t. II p. 545. Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, t. I, n°s 473 et suiv., 704 et suiv. — Larombière, t. II, article 1202, n° 22. — Demolombe, t. 26, n°s 279 et suiv. — Demante et Colmet de Santerre, 2e éd., t. V, n° 135 *bis* II et III. — Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, § 298 *ter*, texte et note 13, p. 22. — Rodière, *Solidarité ei indivisibilité*, n°s 312 et 313. — Planiol, *op. cit.*, 2e éd., t. II, n°s 900 et suiv. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. II, n°s 1298 et suiv.

2. Cassation, 10 avril 1852. Dalloz, 1852. 5. 483. — *Id.*, 20 juillet 1852. Dalloz, 52. 1. 248. — Cass., 11 juillet 1892. Dalloz, 1894. 1. 513.

prononcée et la responsabilité doit être partagée entre les auteurs du fait dommageable (1).

Donc, en partant du droit commun, on arrive en définitive dans les deux cas à la même conclusion pratique, à savoir que la responsabilité doit être prononcée solidairement contre tous ceux qui ont coopéré à la faute, à moins qu'il ne soit possible de distinguer et de préciser quelle part exacte chacun y a prise.

En cas de condamnation solidaire chacun a son recours contre les autres pour la part et portion leur incombant, conformément aux règles ordinaires de la solidarité.

Deuxième hypothèse. — *Le conseil d'aministration. a simplement péché par insuffisance de contrôle ou défaut de surveillance.* — Administrateurs et directeurs peuvent dans ce cas encore subir une condamnation solidaire. Mais alors les premiers, étant condamnés pour des fautes auxquelles ils n'ont pas directement participé, ont un recours contre le délégué ou le directeur, véritable auteur des fautes qui ont donné lieu à la responsabilité. Ce recours est celui qui est donné de façon générale à tous ceux qui à un titre quelconque paient la dette d'autrui.

Les administrateurs qui auront payé les condamnations seront subrogés aux droits et actions de la société ou des tiers pour le montant des sommes déboursées par eux en capital, intérêts et frais. Ils seront subrogés

---

1. Cass. Ch. civ., 12 février 1879. Dalloz, 1879. 1. 281. — *Id.*, 15 juillet 1895. Dalloz, 1896. 1. 31.

notamment aux droits de la société sur le cautionnement du directeur ou du délégué ou sur les actions déposées dans la caisse sociale en garantie de leur gestion.

TITRE II

RESPONSABILITÉ PÉNALE

La responsabilité pénale des directeurs peut être engagée de diverses façons.

Tout d'abord ils peuvent dans l'exercice de leurs fonctions et à raison même de leur qualité commettre des délits de droit commun. Nous n'examinerons que les plus fréquents: l'escroquerie et l'abus de confiance et l'agiotage.

Il existe en second lieu toute une série d'infractions spéciales à la loi sur les sociétés, sanctionnés par des peines diverses, infractions pouvant être commises par les directeurs aussi bien que par les administrateurs.

PREMIÈRE SECTION

Crimes et délits de droit commun

§ 1. — *Escroquerie.*

D'après l'article 405 du Code pénal, l'escroquerie consiste dans le fait de s'approprier ou de tenter de s'approprier

tout ou partie de la fortune d'autrui au moyen de manœuvres frauduleuses.

Deux éléments sont donc nécessaires pour constituer le délit.

1° Il faut qu'il y ait eu des manœuvres, c'est-à-dire des actes, des faits extérieurs accompagnant des allégations mensongères dans le but de les corroborer et de leur donner crédit;

2° Il faut que ces manœuvres aient été la cause déterminante des versements de fonds, où tout au moins aient eu pour but de servir d'amorce à la confiance et au crédit.

Les tribunaux se montrent avec raison très sévères dans l'appréciation des faits constitutifs des manœuvres frauduleuses. Toutes les combinaisons plus ou moins ingénieuses tendant à persuader au public qu'une entreprise vaine et sans ressources est riche et féconde et à attirer les capitaux par la perspective de bénéfices irréalisables sont frappées des peines de l'escroquerie.

Les manœuvres, qui constituent un élément essentiel du délit d'escroquerie, peuvent varier à l'infini et par suite les faits délictueux sont innombrables. On peut les ranger en deux catégories: celles qui ont pour but de faire croire à l'existence d'une société fictive ou irrégulière, et celles qui tendent à faire croire à la situation prospère d'une société dont les affaires périclitent et qui marche à sa ruine.

A. — *Manœuvres tendant à faire croire à l'existence*

d'une société fictive ou irrégulière. — C'est ce qu'on appelle « l'escroquerie à l'entreprise financière ».

Quelquefois la société est purement fictive. Rien n'a jamais été fait pour sa constitution, elle a été imaginée et inventée de toutes pièces pour permettre à celui qui s'intitule directeur de la société de faire des dupes et de tromper le crédit public. Toutefois, le fait qu'un individu simulerait une société de pure imagination ne suffirait pas à lui seul pour caractériser l'escroquerie, si ses allégations mensongères n'étaient pas corroborées par des actes (1). On peut citer à titre d'exemple des manœuvres constitutives du délit : la création dans un local loué au mois par un individu dénué de ressources et de crédit d'un comptoir général des fonds publics, avec indication dans des propectus du siège social de l'entreprise qui pourtant n'avait jamais fait l'objet d'une société (2) ; — le fait de constituer une société avec un capital déterminé et de justifier fictivement des apports par la production d'un chèque sans valeur (3).

Mais le plus souvent les moyens employés sont plus habiles ; la mise en scène est plus ingénieuse et les combinaisons adoptées d'autant plus perfectionnées que la méfiance du public est plus en éveil. Comme le dit M. Garraud :

« Le domaine des combinaisons dolosives s'est élargi

1. Garraud, note Dall., 1886. 1. 89.
2. Cass., 5 décembre 1873. Dall., 1874. 1. 180.
3. Cass., 16 novembre 1888. Dall., 1889. 1. 270.

avec les progrès mêmes de la défiance publique (1). » Se présenter comme directeur d'une société qui n'existe pas, c'est l'enfance de l'art et la supercherie est facilement déjouée.

Les capitalistes poussent difficilement l'ingénuité jusqu'à ne pas se faire présenter les titres constitutifs. Ils exigent la justification des formalités légales. Que font alors ces financiers d'un genre spécial ? Ils simulent une constitution de société : il y a un acte social, les statuts sont déposés, la déclaration de souscription et de versement est faite devant un notaire, il y a même des assemblées ; toutes les formalités légales, en un mot, sont strictement accomplies et cependant aucune société régulière n'a jamais été formée. La jurisprudence fournit de nombreux exemples de fraudes de cette nature (2).

B. — *Manœuvres tendant à tromper les tiers sur la véritable situation d'une société régulièrement constituée. — Publications mensongères.* — L'une des manœuvres frau-

---

1. Note précitée de Garraud.

2. Cass., 28 novembre 1873. Dalloz, 1874. 1. 141. — Il s'agissait dans cette espèce d'une société d'assurances pour laquelle la plupart des formalités constitutives avaient été remplies. Mais l'autorisation gouvernementale, nécessaire pour la régularité des sociétés de ce genre avait été refusée. Son directeur la fit fonctionner, malgré ce, la présentant au public comme régulièrement constituée. La Cour de cassation a vu là des manœuvres suffisantes pour constituer le délit d'escroquerie. Mais l'exemple le plus typique de l'escroquerie à l'entreprise financière est l'affaire Mary-Reynaud. Voir sur cette affaire Cassat., 26 juin 1885. Dalloz, 1886. 1. 89, avec la note précitée de M. Garraud.

duleuses les plus fréquentes consiste dans les publications mensongères insérées dans la presse.

La presse est le grand ressort des entreprises financières ; par son influence sur l'esprit public elle prête à la spéculation un concours très puissant. On comprend donc que des spéculateurs peu scrupuleux tententde mettre cette puissance de la publicité au service d'entreprises financières plus ou moins contestables.

Une affaire imprudemment lancée périclite, elle est près de sombrer. Il faut à tout prix lui donner du prestige, la relever aux yeux du public. On fait alors appel à des journaux financiers ou prétendus tels ; on fait insérer dans leurs colonnes des articles élogieux et le public s'y laisse prendre, surtout le public moins avisé et plus crédule des petits capitalistes.

Il y avait là un véritable danger pour l'épargne, danger qui justifie la sévérité des sanctions encourues et l'application que les tribunaux ont toujours faite de l'article 405 aux manœuvres constituées par des publications mensongères.

Toutefois, la jurisprudence fait la distinction suivante :

La publicité mensongère émane-t-elle de la société elle-même, est-elle contenue dans un journal qui est sa propriété et son organe spécial, est-elle l'œuvre du directeur ou d'un administrateur agissant en sa véritable qualité, elle ne constitue pas les manœuvres exigées par l'article 405. Il n'y a pas là autre chose qu'une allégation mensongère, insuffisante, si elle n'est pas corroborée par un fait exté-

rieur, pour constituer le délit d'escroquerie. Suivant l'heureuse expression de M. Ruben de Couder (1), « le journal d'un financier n'est que sa voix à échos multipliés ».

Au contraire, la société fait-elle appel à un concours étranger, à un journal qui se présente comme n'ayant aucune attache avec la société et dont la rédaction paraît être désintéressée et de bonne foi, ce concours extérieur, cette intervention étrangère à la société, donne aux allégations mensongères ainsi publiées le caractère de manœuvres constitutives du délit d'escroquerie.

Le délit de publications mensongères par la voie de la presse est si fréquent qu'on le trouve comme chef de prévention retenu à l'encontre des administrateurs et des directeurs dans presque tous les gros procès en responsabilité (2).

D'ailleurs, ainsi qu'il a été dit, la seule publication de faits faux, et à plus forte raison de simples allégations mensongères ne suffiraient pas pour constituer l'escro-

---

1. Note sous Cassation, 9 mai 1885. Sirey, 1885. 1. 234. — En ce sens : Paris, 18 mars 1887. Dalloz, 1888. 2. 129. Aff. du Crédit général français, Berthier administrateur délégué.

2. Voir notamment les divers arrêts rendus dans l'affaire de la Banque de Lyon et de la Loire. — Lyon, 12 mars 1885. Dalloz, 1886. 2. 136. — Grenoble, 15 juillet 1886. Dalloz, 1887. 1. 354. — Bourges, 2 août 1888. Dalloz, 1888. 2. 49. — Les trois cours d'Appel successivement saisies retiennent contre le directeur Zielimsky le délit d'escroquerie constitué par la publicité mensongère obtenue d'un journal qui n'était pas l'organe de la société. — Voir dans le même sens Cassat., 26 juin 1885. Dalloz, 1886. 1. 91.

querie lorsqu'elles ne sont pas corraborées par des manœuvres dolosives (1).

C'est ainsi que des discours mensongers adressés par le président du conseil ou l'administrateur délégué aux actionnaires réunis en assemblée générale ne constituent pas une manœuvre frauduleuse dans le sens de l'article 405, quand ils ne sont pas accompagnés d'actes extérieurs destinés à leur donner crédit (2).

Mais il y a lieu d'observer que si la simple publication de faits faux ne peut être considérée comme une escroquerie, elle n'échappe pas pour cela à la répression pénale. La loi de 1867 dans son article 15 punit, en effet, tous ceux qui par des publications faites de mauvaise foi de faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. D'autre part, les peines édictées par l'article 15 sont précisément celles de l'escroquerie. Il n'y aurait donc pas un grand intérêt pratique à distinguer entre les publications mensongères accompagnées ou non de manœuvres dolosives, si la jurisprudence n'avait, comme on le verra plus loin, une tendance très nettement marquée à ne plus réprimer les diverses infractions à la loi de 1867 que comme éléments constitutifs du délit d'escroquerie.

---

1. Cass., 9 mai et 28 juin 1885. Dalloz, 1886. 1. 89.
2. Bourges. 2 août 1888. Dalloz, 1889. 2. 49.

§ 2. — *Abus de confiance.*

L'abus de confiance réprimé par l'article 408 du Code pénal consiste essentiellement dans un détournement commis en violation d'un des contrats spécifiés dans ledit article, contrat en vertu duquel on détenait et on devait restituer l'objet détourné.

Le mandat étant l'un des contrats prévus par l'article 408 et les administrateurs délégués et directeurs étant des mandataires, on comprend dès lors que cet article leur soit applicable et qu'ils se rendent coupables du délit d'abus de confiance quand ils détournent les fonds ou les valeurs appartenant à la société et qui leur sont confiés (1).

Voici quelques exemples d'abus de confiance qui peuvent être commis par les administrateurs délégués ou directeurs.

La Cour de cassation a relevé les éléments du délit d'abus de confiance dans le fait par l'administrateur délégué d'employer des valeurs appartenant à la société, à des opérations fictives pour les faire servir à l'enrichissement d'une autre société qui lui appartenait à lui et à sa famille (2).

Dans un arrêt du 20 juillet 1899 (3), la Cour de Lyon décide que le fait par le directeur de remettre à une banque

1. Voir Cassation, 26 février 1904. Dalloz, 1905, 1. 17.
2. Cassation, 4 juin 1886. *Rev. Soc.*, 1886, p. 451.
3. *Rev. Soc.*, 1900, p. 69. Affaire de l'*Avenir des familles*.

des titres au porteur appartenant aux clients de la société en nantissement et en garantie d'effets de commerce escomptés par cette banque pour le compte de la société, constitue un détournement.

En effet, *dit la Cour*, du jour où elles étaient remises en couverture, les valeurs étaient acheminées vers une aliénation définitive toujours possible.

Ont été également condamnés pour abus de confiance : l'administrateur délégué qui, au moyen d'écritures passées de sa main ou sur ses ordres, s'approprie des jetons de présence qui ne lui sont pas dus (1) ; — l'administrateur délégué qui emploie les fonds de la société à des acquisitions faites pour son compte personnel (2).

En ce qui concerne l'application de la peine, le directeur général étant un mandataire et non un employé à gages, il semble que l'on doive, sans hésitation possible, le frapper des pénalités de l'article 408, § 1.

Cependant la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mai 1903 (3), lui fait l'application du paragraphe 2, l'assimilant ainsi à un commis ou à un employé à gages. Or, le droit commercial n'a jamais considéré le directeur général de la société anonyme comme un commis. Sa qualité de mandataire n'a jamais été contestée.

---

1. Trib. correct. Seine, 9 mars 1900. Journal *La Loi*, 28 mars 1900.

2. Même arrêt.

3. Voir Sirey, 1905. 1. 153.

On ne s'explique donc pas la décision de la Cour suprême. Pourquoi assimile-t-elle le directeur général à un commis et le frappe-t-elle en conséquence des peines de l'abus de confiance qualifié ? Est-ce parce qu'il touche une rémunération ? Est-ce parce qu'il met son activité au service de la société ? La Cour ne le dit pas : aucune de ces raisons ne serait d'ailleurs péremptoire et ne suffirait à expliquer une décision qni ne cadre pas avec les principes (1).

Mais pour que les faits incriminés puissent être qualifiés d'abus de confiance, il est nécessaire qu'ils consistent en un détournement de fonds ou de valeurs. C'est ainsi que la défense faite aux administrateurs et aux directeurs de prendre ou de conserver un intérêt dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'Assemblée générale, ne saurait constituer un abus de confiance (2).

Il en serait de même de l'emploi des fonds de la société à l'acquisition des valeurs dépréciées appartenant à un membre du conseil d'administration, alors que l'intention frauduleuse n'est pas établie. Il pourrait y avoir là seulement une faute de gestion susceptible de donner lieu à des réparations pécuniaires (3).

---

1. En ce sens, note de M. J.-A. Roux sous l'arrêt précité.
2. Paris, 18 janvier 1887. Dalloz, 1888. 2. 129.
3. Même arrêt. — Voir également Douai, 21 mars 1899. Dalloz, 1901. 2. 364.

L'accusation d'abus de confiance dirigée contre l'administrateur délégué d'une société permettrait à celui-ci de demander des dommages-intérêts lorsque, faite avec légèreté ou animosité personnelle, elle serait reconnue sans fondement (1).

§ 3. — *Agiotage.*

L'article 419 du Code pénal qui réprime le délit d'agiotage, est-il applicable aux administrateurs et aux directeurs de la société anonyme ?

Cet article s'exprime ainsi :

Art. 419. — Tous ceux qui, par des faits faux ou calomnieux semés à dessein dans le public, par des suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne la pas vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers et effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, seront punis d'un emprisonnement d'un mois au moins, d'un an au plus, et d'une amende de 500 francs à 10.000 francs.

Tout d'abord, il est bien certain que les administrateurs

1. Même arrêt de Douai.

et les directeurs commettent le délit d'agiotage quand ils spéculent frauduleusement sur les marchandises pour la vente et l'exploitation desquelles la société a été constituée. L'affaire de la Société des Métaux fournit un exemple remarquable de ce genre d'agiotage.

Au mois d'octobre 1881, les sieurs Eugène Secrétan et Émile Laveissière formèrent une société anonyme sous la dénomination de « Société Industrielle et Commerciale des Métaux ». Secrétan fut nommé directeur administrateur et Laveissière président du conseil d'administration. Dirigée par ces deux intelligences brillantes, ayant comme base d'opérations les usines très importantes apportées par ses fondateurs, la société traversa tout d'abord une ère de prospérité merveilleuse. Mais bientôt, devant le succès grandissant de la société, une véritable folie de spéculation s'empara du directeur Secrétan. Pour accaparer le marché du cuivre il s'assura par de vastes marchés la presque totalité de la production mondiale de ce métal pendant trois ans.

Pour faire face à ses engagements, la Société des métaux s'était assuré le concours financier du Comptoir d'Escompte, qui avait à ce moment comme directeur Denfert-Rochereau.

Maître du marché, Secrétan releva brusquement les prix. Après une campagne de hausse comme les annales de la Bourse en offrent peu d'exemples, le cuivre atteignit des cours fantastiques. En octobre 1887, la tonne valait

38 livres ; elle dépassait en fin décembre le cours de 80 livres.

Mais par une sorte de choc en retour, une réaction se produisit presque immédiatement. La surélévation excessive du prix du cuivre arrêta les achats, la fabrication s'ingéniant à le remplacer par d'autres métaux.

Le Comptoir d'Escompte, fortement engagé et ne pouvant rentrer dans ses avances, était dans une situation critique. Le suicide de Denfert-Rochereau précipita la ruine des deux sociétés.

Une instruction fut ouverte contre Secrétan et autres et ils furent renvoyés devant le tribunal correctionnel de la Seine sous la prévention notamment :

D'avoir, soit par des réunions ou coalitions, soit par des surenchères, soit par tous autres moyens frauduleux, opéré la hausse du prix du cuivre au-dessus des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce, délit prévu et puni par l'article 419 du Code pénal.

Ce chef de prévention fut retenu par le tribunal correctionnel (1). Cependant la Cour de Paris réforma le jugement sur ce point, aux motifs :

Que les moyens employés par Secrétan pour opérer la hausse n'avaient pas eu, dans la manière dont ils avaient été employés

---

1. Paris, 28 mai 1890. Dalloz, 1893. 1. 52.

en vue de cette hausse, un caractère frauduleux suffisamment établi et qu'il y avait lieu dans ces conditions de considérer le délit de l'article 419 comme n'étant pas suffisamment caractérisé.

Mais l'agiotage, s'il est un délit lorsqu'il porte sur les marchandises faisant l'objet des opérations sociales, constitue-t-il le même délit quand il porte sur les actions de la Société ?

Cela revient à se demander si les actions d'une société de commerce peuvent être regardées comme des effets publics ou des marchandises et comme rentrant, par conséquent, dans les termes de l'article 419.

Dans l'affaire de l'Union Générale, la Cour de Paris, à la suite du tribunal de la Seine, avait étendu ce texte aux actions des sociétés (1), et à l'appui de sa décision elle faisait valoir une triple série d'arguments. Elle invoquait d'abord le sens du mot « marchandises » qui « comprend dans son acception générique non seulement les choses corporelles fongibles qui se comptent, se pèsent, ou se mesurent, mais aussi les choses incorporelles en tant qu'elles sont l'objet des spéculations du commerce à un prix habituellement déterminé par la convention libre du marché ». Elle s'appuyait en outre sur les Travaux Préparatoires et les paroles prononcées par le garde des sceaux, M. Baroche, lors de la discussion de la loi du 24 juillet 1867 :

---

1. Paris, 19 mars 1883. Dalloz, 1883. 1. 426.

Faire hausser ou baisser, *disait-il*, par des manœuvres frauduleuses les actions d'une société, c'est incontestablement commettre un délit et dans ce cas les peines édictées par l'article 419 devront être prononcées.

Elle faisait valoir enfin des considérations pratiques, l'intérêt général exigeant une répression sévère en rapport avec l'étendue des désastres causés.

Mais la Cour de cassation, appelée quelques années plus tard à se prononcer sur la question, repoussa dans un arrêt célèbre et sur le rapport de M. le conseiller Auger la doctrine de la Cour de Paris. Elle décida que les actions des sociétés n'étant ni des effets publics, ni des marchandises, l'agiotage sur ces actions échappait à la répression de l'article 419. Cette interprétation est d'autant moins douteuse, ajoute l'arrêt :

Qu'il résulte de l'examen des Travaux Préparatoires du Code pénal que la première rédaction dudit article comprenait outre les denrées ou marchandises, les papiers et effets de quelque nature qu'ils soient ; et que c'est intentionnellement et pour restreindre la portée de cette disposition, que cette expression générale, qui s'appliquait évidemment aux actions des sociétés fondées par des particuliers. sans intervention du pouvoir public, a été remplacée par l'expression limitée : papiers et effets publics (1).

---

1. Cassation, 30 juillet 1885. Dalloz, 1886. 1. 389 et rapport de M. le conseiller Auger.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens (1) et elle est avec raison approuvée par la majorité des auteurs (2). Le mot « marchandises » en effet ne paraît pas avoir été entendu par les rédacteurs du Code pénal comme englobant dans son acception les actions de société ; dans tous les articles de ce code où il est question de marchandises, cette expression est prise dans un sens restreint et opposée aux titres ou effets (3).

Le législateur a d'ailleurs conservé de tout temps à ce mot son sens restreint. Dans la loi du 8 avril 1885 sur les marchés à terme, par exemple, l'article premier, qui établit la légalité de ces marchés, prend la précaution d'énumérer distinctement les effets et les marchandises.

Les Travaux Préparatoires du Code pénal (4) montrent d'autre part que l'article 419 portait primitivement les mots « papiers ou effets publics ». Comment interpréter ce changement sans admettre qu'on a voulu restreindre le sens et la portée de la rédaction primitive ?

Enfin les considérations pratiques que faisait valoir la Cour de Paris dans son arrêt du 19 mars 1883 n'ont plus aucun intérêt à l'heure actuelle, et il n'y a pas lieu de

---

1. Grenoble, 15 juillet 1886. Dalloz, 1887. 1. 354. — Cassation, 28 mai 1887. Dalloz, 1887. 1. 353. — Paris, 16 janvier 1887. Dalloz, 1888. 2. 129. — Paris, 18 mars 1887. Dalloz, 1888. 2. 105. — Bourges, 2 août 1888. Dalloz, 1889. 2. 49.

2. Vavasseur, t. I, n° 461 *bis*. — Rousseau, t. I, n° 168 *bis*.

3. Article a. 387, 408 et 440.

4. Locré, *Législat. civile commerciale et criminelle*, t. III, Code pénal, p. 65.

craindre que l'agiotage en matière d'actions de sociétés échappe à la répression pénale.

La jurisprudence considère en effet comme manœuvres frauduleuses, constitutives du délit d'escroquerie et frappe des pénalités de l'article 405 qui sont les mêmes que celles de l'article 419, lorsqu'ils portent sur des actions de sociétés, la plupart des agissements réprimés par ce dernier article.

C'est ainsi que d'après la Cour de cassation (1), il faut considérer comme constituant le délit d'escroquerie :

1° La publicité intéressée prêtée par un journal à une entreprise financière, lorsque ce journal publie, de connivence avec les administrateurs et directeurs de cette société, des articles mensongers ou exagérés à dessein, sans que rien ne révèle au public ses attaches avec la société ;

2° Les reports successifs consentis par la société sur ses propres actions à des individus insolvables, dans le seul but de faire atteindre à ces actions un cours dépassant notablement leur valeur réelle ;

3° Les achats faits par la société de ses propres actions, soit pour son compte personnel, soit pour le compte des administrateurs dans le but d'élever les cours ;

4° Les achats à terme que le directeur d'une banque fait opérer à des tiers, pour amener la surélévation des cours, en leur ouvrant des crédits hors de proportion avec leur solvabilité. En principe, ni les reports consentis

---

1. 28 mai 1887. Dalloz. 1887. 1. 353.

par une société sur ses propres actions, ni les achats à terme de ses actions par la société ne constituent un délit, à moins que ces opérations ne soient accompagnées de manœuvres dolosives. En l'espèce, la manœuvre frauduleuse consistait dans l'intervention de tiers insolvables;

5° Enfin, les réunions ou coalitions formées dans le but de provoquer la hausse des actions. La Cour de Bourges cependant, sur renvoi de l'affaire, a refusé d'appliquer l'article 405 aux réunions et coalitions (1).

SECTION II

Infractions a la législation des sociétés

Les administrateurs délégués et les directeurs peuvent commettre diverses infractions à la législation spéciale des sociétés, infractions se rattachant, soit à la constitution de la société ou aux augmentations de capital, soit à l'administration proprement dite de la société.

§ 1. — *Infractions relatives à la constitution de la société ou aux augmentations de capital.*

On voit très souvent les administrateurs délégués et les directeurs impliqués dans les poursuites dirigées contre

1. Bourges, 2 août 1888. Dalloz, 1889. 2. 49 et notes 1 et 2 sous l'arrêt, p. 51.

les administrateurs à raison de divers agissements délictueux relatifs, soit à la constitution de la société, soit aux augmentations de capital.

Ces divers faits prévus par la loi de 1867 sont les suivants :

1° La provocation de souscriptions et de versements par simulation ou fausses publications de souscriptions et de versements (art. 15, § 1er) ;

2° L'émission irrégulière d'actions (art. 13, § 1er) ;

3° La négociation irrégulière d'actions (art. 14).

A. — *Provocation de souscriptions et de versements par des moyens frauduleux.* — Comment le directeur ou l'administrateur délégué peuvent-ils se rendre coupables de ce délit? La question revient à se demander s'il peut être commis postérieurement à la constitution de la société. L'article 15 est ainsi conçu :

Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie : 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ;

2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, etc.

Évidemment, le directeur et l'administrateur délégué ne peuvent se rendre coupables de manœuvres frauduleuses dans le but d'obtenir des souscriptions, puisqu'ils n'entrent en fonctions que quand la société a été constituée et quand, par conséquent, le capital social a été intégralement souscrit. Mais le texte ne parle pas seulement des souscriptions; il vise aussi les versements obtenus par des moyens coupables. Or, au moment de la constitution de la société, un premier quart seulement du capital est obligatoirement versé; les trois quarts restants peuvent ne pas l'être encore. Mais, peut-on concevoir à ce moment-là des manœuvres ayant pour but d'obtenir frauduleusement les versements supplémentaires, puisque ces versements sont un effet obligatoire de la souscription?

La question s'est posée pour la première fois dans l'affaire de l'Union Générale. La Cour de Paris avait décidé que pour que l'article 15 puisse recevoir son application, il faut que les manœuvres aient eu pour résultat ou pour but de nouvelles souscriptions (1).

Mais la Cour de Paris est revenue sur cette manière de voir. Appelée quelques années plus tard à juger une question de même nature, elle a décidé, contrairement à sa première jurisprudence, que si des manœuvres dolosives, simulations de souscriptions ou de versements, publication de faits faux, ont été accomplies par les administra-

---

1. Paris, 19 mars 1883. Dall., 1883. 1. 425. — Le tribunal avait jugé en sens contraire. Seine, 20 déc. 1882. *Gazette du Palais*, t. III, p. 177.

teurs ou directeurs et ont précédé le paiement des fractions non encore versées du capital social, ces mandataires commettent le délit de l'article 15 (1).

La Cour justifie sa manière de voir de la façon suivante : la souscription, dit-elle, est un contrat conditionnel, en ce sens qu'il est subordonné à la condition que la société soit régulièrement constituée. Si elle ne l'est pas, l'engagement des souscripteurs tombe. Les versements n'ont donc pas pour cause une obligation qui n'existe plus. Ils sont le résultat des simulations employées pour les obtenir (2).

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt et décidé que les administrateurs sont coupables du délit prévu par l'article 15, § 1, lorsqu'il est constaté en fait que c'est par la simulation du versement du premier quart et par la publication faite de mauvaise foi de ce versement qui n'existait pas et de tous autres faits faux, notamment par la publication de faux bilans, que le versement du second quart a été obtenu (3).

C'est dans ce même sens qu'il a été jugé par un arrêt tout récent rendu par la Chambre criminelle (4) sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Nîmes, du 20 mars 1903 (5).

---

1. Paris, 6 déc. 1886. *Journ. Soc.*, 1887, 606.

2. Voir le même raisonnement, quoique moins net, dans un autre arrêt de la même Cour du 8 juillet 1887. Dall., 1888. 2. 129.

3. Cassation, 11 juin 1887. *Bulletin criminel*, n° 219.

4. *Id.*, 26 février 1904. Dall., 1905. 1. 17 et note de M. Le Poittevin.

5. *Gazette des Tribunaux*, 31 mai 1903.

Dans toutes ces espèces, il y avait eu publication de souscriptions et de versements qui n'existaient pas ; la société était donc irrégulièrement constituée et le raisonnement par lequel la jurisprudence justifie la solution qu'elle adopte est rigoureusement exact.

Mais ce raisonnement ne peut plus servir lorsqu'il s'agit de simulation et de publication de faits faux autres que la souscription intégrale des actions ou le versement du premier quart.

Le directeur et les administrateurs publient, par exemple, après la constitution régulière de la société, de faux bilans ou bien des noms de personnes, désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque.

Dans ce cas, la souscription est devenue définitive, puisque la société a été régulièrement constituée.

Les versements restant à effectuer sont donc obligatoires et l'on ne peut plus dire que les simulations et les publications de faits faux sont la cause de ces versements. A notre avis, il serait impossible, dans ce cas particulier de justifier l'application de l'article 15.

Voilà donc une première hypothèse où les administrateurs délégués et les directeurs peuvent se rendre coupables du délit de l'article 15.

Il importe d'ailleurs, d'observer qu'il n'y a, à ce point de vue, aucune différence à établir entre les versements opérés par les souscripteurs originaires et ceux effectués par les acheteurs d'actions non libérées. La même respon-

sabilité pénale existe, dans les deux cas, à l'encontre de ceux qui ont provoqué ces versements à l'aide des moyens réprimés par la loi.

Considérant, *dit la Cour de Paris* (1), que la disposition de l'article 15 est générale et s'applique aux versements effectués par des acheteurs d'actions non libérées, aussi bien qu'aux versements opérés par des souscripteurs originaires.

Une deuxième hypothèse est celle où il est procédé à des augmentations du capital social. Dans ce cas, les directeurs étant en fonctions au moment de la souscription, ils peuvent encourir la responsabilité de l'article 15, non seulement pour avoir provoqué frauduleusement des versements, mais même pour avoir provoqué des souscriptions par des moyens illicites.

N'y a-t-il pas enfin une troisième hypothèse où il peut être fait application de l'article 15 à l'administrateur délégué et au directeur?

La simulation de souscriptions ou de versements et la publication de faits faux doit-elle, pour être punissable, avoir nécessairement pour but la souscription à des actions de la société ou le versement de leur prix, ou bien doit-on étendre l'article 15 aux obligations? Sur cette question, il y a antinomie absolue et conflit d'apparence irréductible entre la doctrine et la jurisprudence.

1. Paris, 28 juillet 1887. Dalloz, 1888. 2. 129; — Voir aussi Dalloz, *Rép. Suppl.* V. *Sociétés*, n° 1443 et Dalloz, 1905. 1. 20, note Le Poittevin.

L'article 15, dit la jurisprudence, parle d'une façon générale de souscriptions et de versements. Il n'y a donc aucun motif de ne pas appliquer ce texte aux obligations aussi bien qu'aux actions. Cet argument se trouve nettement indiqué dans un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1887 (1).

A cette manière de voir, qui se base sur le texte même de l'article 15, les auteurs opposent l'esprit général de la loi de 1867.

Pour bien comprendre, disent-ils, la disposition de cet article et pour lui donner son interprétation exacte, il faut le rapprocher du contexte général de la loi. Or, il n'est pas douteux que la loi de 1867 ne se préoccupe pas le moins du monde des obligataires et que la seule situation qui l'intéresse est celle des actionnaires de la société.

D'ailleurs, ajoute-t-on, l'article 15 étant une disposition pénale, doit être appliqué *stricto sensu* et on ne peut l'étendre à une hypothèse qui est certainement restée en dehors des prévisions du législateur.

Notre opinion est que la pensée du législateur est très certainement restée étrangère aux obligations.

S'il était permis en matière pénale de faire appel à des considérations d'équité, il faudrait louer la jurisprudence de placer les obligataires sous la protection de la loi au même titre que les porteurs d'actions. Mais le principe

---

1. Dall., 1888. 1. 334. — Voir dans le même sens : Paris, 16 février 1881.

nulla pœna sine lege, est d'ordre absolu et s'oppose formellement à une pareille interprétation (1).

B. — *Émission irrégulière d'actions*. — L'article 13 de la loi de 1867 qui réprime cette infraction, s'exprime ainsi :

L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de 500 à 10.000 francs.

Ce délit peut être commis par le directeur ou l'administrateur délégué de la société, non seulement quand il s'agit d'actions émises en augmentation du capital social, mais même quand il s'agit des actions primitives.

Qu'est-ce en effet que l'émission des actions ? Ce n'est certainement pas la souscription des actions, puisque au moment de la souscription, les formalités prévues par les articles 1, 2 et 3 ne sont pas encore remplies, la plupart du moins.

A notre avis, l'émission est la mise en circulation des actions devenues négociables et elle s'accompagne de la délivrance des titres. C'est là le sens attribué par la jurisprudence à cette expression sur laquelle les auteurs discutent encore.

Il y a lieu d'observer que le délit d'émission d'actions, à

---

1. Voir affaires de l'Union Générale et de la Banque de Lyon et de la Loire. Dans ces deux affaires, les directeurs furent poursuivis notamment pour infraction à l'article 15.

l'encontre d'autres infractions qui exigent la mauvaise foi, résulte du fait matériel de l'émission, indépendamment de toute intention frauduleuse. Les Travaux Préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point : « L'intention frauduleuse, lit-on dans le rapport de la commission, peut être complètement étrangère (1). »

On trouve le délit d'émission irrégulière d'actions reproché aux directeurs de sociétés dans de nombreux procès en responsabilité pénale (2).

C. — *Négociation irrégulière d'actions.* — Cette infraction est réprimée par l'article 14.

La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2 ci-dessus est punie d'une amende de 500 à 10.000 francs. Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur des dites actions.

La pénalité est donc la même que pour le délit d'émission irrégulière d'actions.

La négociation d'actions, c'est leur transmission par la voie commerciale. La transmission par les modes du droit civil n'entraîne pas les mêmes dangers, dangers auxquels

---

1. Tripier, t. I, p. 139.

2. Voir notamment: Paris, 19 mars. Dalloz, 1883. 1. 426. — Lyon, 12 mars 1885. Dalloz, 1886. 2. 136. — Bourges, 2 août 1888. Dalloz, 1889. 2. 49. — Seine, 29 avril 1885. *Rev. Soc.*, 1885, p. 422.

a voulu parer l'article 14. Quel est, en effet, le but de cet article? C'est de prévenir la spéculation et l'agiotage. Or, seuls les modes de transmission commerciaux permettent de jeter sur le marché un nombre de titres suffisant pour provoquer artificiellement la hausse ou la baisse d'une valeur.

Faut-il au point de vue de l'intention frauduleuse, assimiler ce délit à celui de l'émission irrégulière d'actions? Les Travaux Préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point : la mauvaise foi n'est pas un élément constitutif du délit (1). Toutefois les tribunaux pourraient, s'ils constataient la bonne foi, accorder aux inculpés le bénéfice des circonstances atténuantes et restreindre ainsi la répression à des peines de simple police.

De plus, la plupart des décisions paraissent baser la culpabilité sur la distinction suivante qui apporte un nouveau tempérament au caractère rigoureux du délit.

S'agit-il de la négociation de titres entachés d'un vice de forme apparent : taux contraire à la loi, titres au porteur quand ils devraient être nominatifs, mention de versement en opposition avec les prescriptions légales, il y a alors présomption de fraude et l'article 14 reçoit son application sans que l'intention frauduleuse ait besoin d'être spécialement démontrée.

Dans ce cas, en effet, il suffit d'examiner le titre pour

---

1. Dalloz, supplément n° 1023. — Rousseau, 3241. — Lyon-Caen et Renault, n° 801.

constater son irrégularité. On n'est pas excusable de ne pas l'avoir aperçue.

S'agit-il au contraire du non-versement du quart, si le non-versement n'est pas révélé par une mention de titre, il faudra dans ce cas administrer la preuve de la mauvaise foi et de l'intention frauduleuse.

Cette solution se dégage notamment de l'arrêt de la Cour de Lyon du 23 janvier 1884 (1) et de celui de la Cour de cassation du 3 juin 1885 (2), qui a rejeté le pourvoi formé par le précédent.

Attendu, *dit ce dernier arrêt,* que l'article 14 ne punit pas seulement ceux qui négocieraient des actions, dans des conditions contraires aux prescriptions de la loi; qu'il étend l'application des mêmes peines à tous ceux qui serviraient d'intermédiaires à ces négociations ou qui publieraient la valeur des actions ainsi négociées; que pour expliquer ces sévérités multipliées, il faut nécessairement admettre que l'article 14 n'entend défendre et punir que la négociation des titres révélant par eux-mêmes les causes qui doivent empêcher de les négocier, etc., etc.

Les raisons données par la jurisprudence semblent jus-

---

1. Sirey, 1884. 2. 49, note Lyon-Caen. Dalloz, 1884. 1. 153.
2. Sirey, 1885. 1. 259. Cf. note Labbé. Sirey, 1884. 1. 202. Voir encore Orléans, 24 juillet 1890. Sirey, 1890. 2. 154.

tifier pleinement son système qui a d'ailleurs été confirmé par de nombreuses décisions (1).

§ 2. — *Infractions relatives à l'administration de la société*

Trois faits sont spécialement prévus au point de vue pénal par la loi de 1867 :

1° La création par des moyens frauduleux d'une majorité factice, au sein des assemblées générales (art 13) ;

2° La distribution de dividendes fictifs (art. 45) ;

3° Le défaut de mention de la forme de la société et de son capital sur les documents émanés d'elle (art. 64).

A. — *Création d'une majorité fictive dans les assemblées générales.* — Souvent le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire dans les votes de l'Assemblée générale est limité par les statuts. Il est prévu, par exemple, qu'un actionnaire, quel que soit le nombre de ses titres, ne peut avoir plus de 10 voix délibératives. Or, les administrateurs qui sont pris souvent parmi les gros porteurs d'actions, jouiraient d'une prépondérance marquée dans l'assemblée s'ils possédaient un nombre de voix égal à celui de leurs titres. D'où l'idée de la fraude. Pour

---

1. Voir en ce qui concerne le délit de négociation irrégulière d'actions les espèces rapportées ci-dessus, p. 191 et 192.

Dans presque toutes ces affaires ce délit voisine avec celui d'émission irrégulière d'actions.

tourner la limitation statutaire et donner voix délibérative à toutes leurs actions, ils remettent leurs titres à des tiers complaisants qui se présentent à l'assemblée comme propriétaires d'actions et dont le vote leur est acquis d'avance.

Cette pratique illégale est d'un usage fréquent et on voit les administrateurs des sociétés en user avec un véritable sans gêne, malgré ses dangers et les sanctions sévères qu'elle entraîne.

En effet, indépendamment de la nullité des délibérations de l'assemblée, quand la majorité a été déplacée par un vote frauduleux, des pénalités sévères sont encourues par les auteurs de la fraude et par leurs complices.

Sont punis, édicte l'article 13 de la loi de 1867, d'une amende de 500 à 10.000 francs, ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale, sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a lieu, envers la société ou envers les tiers ; — ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux. Dans les cas prévus par les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée.

Il résulte du texte lui-même que 3 conditions sont nécessaires à l'existence du délit :

1° Introduction dans l'assemblée générale de faux actionnaires ;

2° Intention frauduleuse (1) ;

3° Déplacement de la majorité à la suite de cette introduction (2).

Mais si la loi interdit aux administrateurs de créer ainsi à leur profit une majorité factice dans l'Assemblée générale, ils peuvent arriver au même résultat sans encourir les sévérités de la loi pénale. Un autre procédé plus commode et moins dangereux consiste à se faire remettre par les actionnaires des pouvoirs en blanc permettant de voter pour eux par procuration. C'est par ce moyen que l'on voit parfois certains administrateurs se procurer des majorités énormes dans les votes de l'assemblée.

Que faut-il penser de cette pratique?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre qu'un actionnaire peut voter par procuration. C'est d'un usage courant et il suffit, pour que ce soit légal, que la loi ne l'interdise pas, puisque en principe on peut accomplir par l'intermédiaire d'un mandataire tous les actes que l'on peut accomplir soi-même.

Mais peut-on, lorsqu'il s'agit d'un vote ayant pour objet la gestion d'un administrateur ou d'un directeur, choisir pour mandataire celui-là même dont la gestion est en jeu?

---

1. En ce sens : Cassation, 12 juin 1891. Dalloz, 1893. 1.430.

2. Voir les décisions suivantes : Bourges, 2 mai 1889. *Journ. Soc.*, 1890. 73. — Paris, 4 juillet 1890. *Journ. Soc.*, 1891. 492. Cass., 12 juin 1891. *Journ. Soc.*, 1891. 507. — Seine, 23 déc. 1896. *Journ. Soc.*, 1897. 223. — Riom, 7 avril 1898. *Rev. Soc.*, 1898. 471.

La question se ramène à celle-ci : les administrateurs ou le directeur associé ont-ils voix délibérative dans un vote relatif à leur gestion ?

En d'autres termes, étant donné qu'il existe dans cette hypothèse un conflit d'intérêts entre eux et la société, peuvent-ils voter comme associés, c'est-à-dire au nom de la société pour régler ce conflit?

Le simple bon sens semble répondre négativement : la même personne ne peut être à la fois juge et partie dans un conflit de ce genre. Comment concevoir un administrateur délibérant sur sa propre gestion et la désapprouvant ?

Mais, au point de vue de la loi positive, que faut-il décider ?

La loi de 1867 ne prévoit que deux hypothèses de conflits pouvant se présenter entre certains associés pris individuellement et la société.

La première est celle de l'article 4 ; les associés apporteurs n'ont pas voix délibérative dans les assemblées chargées de vérifier et d'approuver leurs apports ;

La deuxième est prévue par l'article 40 qui interdit aux administrateurs de prendre intérêt dans un marché ou une entreprise faite pour le compte de la société, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'Assemblée générale.

Ainsi donc, dans les deux cas où la loi prévoit un conflit d'intérêts entre la société et un de ses membres, elle résout la difficulté de manière à prévenir ce conflit.

Faut-il décider que ce sont-là des dispositions déroga-

toires au droit commun et qu'en principe tout actionnaire peut prendre part aux votes de l'Assemblée générale, même quand il a un intérêt personnel dans la délibération ? Faut-il admettre, au contraire, que les dispositions des articles 4 et 40 ne sont que des applications particulières d'un principe général sous-entendu par le législateur? Dans le silence de la loi et des Travaux Préparatoires il semble qu'on ne puisse hésiter à adopter l'interprétation la plus rationnelle et que l'on doive admettre en principe l'interdiction pour un actionnaire de prendre part à toute délibération dans laquelle son intérêt personnel est en jeu et se trouve en conflit avec celui de la société (1).

C'est le principe admis par la législation de la plupart des États. Le nouveau Code de commerce allemand, par exemple, édicte dans son article 252 que :

Quiconque doit, par suite de la décision à prendre, obtenir décharge ou être libéré d'une obligation ne peut prendre personnellement part au vote, ni exercer le droit de vote pour le compte d'autrui.

Le Code suisse des obligations de 1881 contient une disposition analogue. D'après son article 655, ceux qui prennent part à un titre quelconque à la gestion de la société n'ont pas voix délibérative, lorsqu'il s'agit de donner décharge à raison de cette gestion.

1. En ce sens: Thaller, note sous Cass., 26 oct. 1896. Dalloz, 1898. 1. 65.

L'acte fondamental anglais des sociétés par actions de 1862 (1) exclut également des fonctions de vérificateur des comptes quiconque serait intéressé autrement que comme actionnaire dans une affaire avec la société.

On trouve des dispositions semblables dans le Code de commerce Italien de 1883, qui décide dans son article 161 que les administrateurs des sociétés par actions ne peuvent voter pour l'approbation du bilan ni dans la délibération touchant à leur responsabilité.

On peut citer encore la loi suédoise du 28 juin 1895 dont le paragraphe 32 alinéa 2 est ainsi conçu :

Nul ne peut pour soi-même ou comme mandataire concourir à la solution d'une question où son propre droit est en lutte avec celui de la société ; un membre de la direction ne peut concourir à une délibération de décharge des faits d'administration.

La grande majorité des lois européennes adoptent donc le système interdisant le cumul des deux rôles d'intéressé et d'associé délibérant (2).

En France, au contraire, dans le silence de la loi, la jurisprudence reconnaît comme valable et régulier le vote des

---

1. Cédule A, sect. 86.

2. On peut rapprocher de la législation française les législations belge, espagnole et portugaise, qui ne possèdent aucun texte sur la matière.

administrateurs dans les délibérations qui ont trait à leur propre gestion (1).

Les Allemands ont donné à la question toute son ampleur et ils ont longuement disserté sur le problème envisagé dans sa généralité. Peut-on, d'un manière générale, conclure un contrat avec soi-même, c'est-à-dire jouer dans un contrat le double rôle de représentant ou de mandataire et de tiers contractant ? Le « Selbs-Contrat » est-il possible ?

Le problème est complexe et il ne paraît pas possible de lui donner une solution unique, pas plus d'ailleurs rationnellement qu'au point de vue de la loi positive.

Quelques rares textes de nos lois ont résolu la difficulté dans des cas tout spéciaux.

L'organisation de la tutelle par exemple prévoit à côté du tuteur un subrogé-tuteur chargé de représenter le mineur, chaque fois que ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (2). Le tuteur ne peut non plus acheter les biens de son pupille ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre lui (3).

---

1. En ce sens : Cass., 27 juillet 1881 ; Sirey, 1833. 1. 337 ; Dalloz, 1883, 1. 25. — Douai, 7 août 1890 ; *Rev. Soc.*, 1891. 29. — Cass., 26 oct. 1896, précité.

En ce sens : Houpin, t. 2, n° 816 ; Rousseau, t. 1, n° 2335 ; Labbé, note sous Cass., 27 juillet 1881, précité. — *Contrà* Vavasseur, t. 2, n° 903.

2. Art. 420. C. civ.

3. Art. 450. C. civ.

De même le mandataire ne peut se porter adjudicataire des biens qu'il est chargé de vendre (1).

Nous avons également rappelé la disposition de l'article 40 de la loi de 1867 qui interdit à un administrateur de prendre intérêt dans un marché avec la société.

Mais peut-on dire que ces solutions particulières procèdent d'un principe général admis par la loi ? Il est certain que la pensée du législateur n'est pas allée si loin. Il n'a pas eu de vue d'ensemble sur la question et s'est borné à réglementer des hypothèses spéciales.

Le Code civil allemand au contraire envisage le problème sous un aspect général. C'est l'article 181 qui traite la question connue sous le nom de « contrat avec soi-même » ou « Selbscontrahiren » (2).

Un représentant ne peut, tant que permission ne lui a pas été donnée d'agir autrement, accomplir au nom du représenté un acte juridique qu'il ferait avec lui-même, soit agissant en son propre nom, soit agissant comme représentant d'un tiers, à moins que l'acte juridique ne consiste exclusivement dans l'exécution d'un engagement.

Le contrat avec soi-même est donc permis lorsque, soit

---

1. Art. 1596 C. civ.

2. Voir Code civil allemand, traduit et publié par le comité de législation étrangère, art. 181.

Voir aussi sur cette célèbre question l'étude de Rümelin : *Das Selbscontrahiren.*

la procuration, soit la loi l'autorisent. C'est donc qu'il ne comporte en soi aucune impossibilité.

Mais à raison de ses dangers pour le représenté, il n'est pas admis comme principe de droit commun.

Cette prohibition du selbscontrat comporte deux catégories d'exceptions : 1° le pouvoir de contracter avec soi-même peut résulter, soit de la loi, soit de la procuration et il est universellement accepté que ce pouvoir peut résulter d'une autorisation tacite (1) ; 2° le fait d'agir pour soi et avec soi-même est valable, indépendamment de pouvoirs spéciaux, quand l'acte à conclure consiste dans l'exécution d'une obligation, soit que le représentant se paie de ce qui lui est dû sur le patrimoine qu'il administre, soit qu'il paie ce qu'il doit au représenté, ou enfin, qu'il exécute pour les deux personnes qu'il représente ce qu'elles se doivent l'une à l'autre.

Comme exemple de selbscontrat autorisé par la loi allemande, on peut citer l'intervention personnelle du commissionnaire (selbsteintritt) en matière d'opérations de bourse. D'après l'article 76 du nouveau Code de commerce, le commissionnaire a le droit de jouer lui-même le rôle de tiers et de s'offrir au commettant comme partie adverse quand il s'agit d'achats ou de ventes de marchandises cotées au marché ou à la Bourse, ou de valeurs mobilières pour lesquelles il existe une cote officielle au marché ou à la Bourse à condition que le commettant n'ait pas formellement interdit cette intervention personnelle (2).

1. Code civil allemand, traduction précitée, note sous l'art. 181.
2. Code comm. nouv. 400, al. 1er. — Cosack, t. I, p. 330.

Ainsi, malgré le principe formulé en termes généraux par la loi allemande, on arrive par le seul jeu des exceptions que le texte prévoit, à un ensemble de solutions complexes.

C'est que, en effet, le « contrat avec soi-même », dangereux dans certains cas, ne présente dans d'autres aucun inconvénient ; et c'est là, à notre avis,le seul critérium qui permette de donner à la question sa véritable solution doctrinale. Le selbscontrat doit être prohibé toutes les fois qu'il comporte un danger pour le représenté.

Or, c'est bien le cas de l'administrateur délégué ou du directeur votant lui-même l'approbation de sa gestion. Un vote implique un contrôle préalable, une vérification des actes accomplis, une discussion sur leur valeur ou leur opportunité, enfin la possibilité d'une décision dans un sens ou dans l'autre. Tout cela devient un vain simulacre si les administrateurs ont le droit de voter sur leur propre gestion. Si ce droit leur est concédé, ils peuvent, en se faisant remettre les pouvoirs en blanc des actionnaires, se créer une majorité assurée.

C'est ainsi que l'on peut voir souvent dans la période qui précède la réunion des assemblées générales, le président du conseil ou l'administrateur délégué faire une véritable campagne auprès des actionnaires pour réunir des pouvoirs, et arriver ensuite à l'assemblée tenant déjà la majorité dans ses mains. C'est au moyen de cette pratique critiquable que certains administrateurs parviennent à se maintenir de longues années en fonctions et à exercer

parfois une véritable dictature au grand détriment des intérêts sociaux.

Fera-t-on l'objection suivante et dira-t-on : si un actionnaire remet à l'administrateur délégué ou au président du conseil sa procuration en blanc, c'est qu'il lui fait confiance et qu'il est bien décidé à approuver sa gestion ; s'il assistait lui-même à l'assemblée ou s'y faisait représenter par un autre mandataire le résultat serait donc identique ?

Ce raisonnement est spécieux. En effet, lorsque l'actionnaire, cédant à des sollicitations pressantes, quelquefois même à de véritables manœuvres, fait la remise de son pouvoir en blanc, il agit le plus souvent sans avoir la moindre connaissance de la gestion qu'il donne mandat d'approuver. Mais, s'il assiste à l'assemblée, il n'en est pas de même : il écoute la discussion, entend les critiques dirigées contre la gestion des administrateurs, il peut vérifier le bilan, et, connaissant mieux la situation, être amené à modifier le vote d'approbation qu'il comptait donner.

Il est donc à souhaiter qu'une intervention législative mette fin à la fâcheuse pratique des pouvoirs en blanc en établissant, soit une disposition analogue à celle des législations étrangères qui prohibent de façon absolue le vote des administrateurs et directeurs dans les délibérations de l'assemblée relatives à leur gestion, soit au moins une restriction du nombre de voix dont chaque actionnaire pourrait disposer comme propriétaire d'actions ou comme mandataire. Il suffirait, par exemple, de donner une portée

générale à l'article 27 de la loi de 1867, qui limite à 10 le nombre de voix dont peut disposer chaque actionnaire dans les votes concernant la vérification des apports (1).

B. — *Défaut de mention de la forme de la société et de son capital sur les documents émanés de la société.* — C'est l'article 64 qui édicte cette formalité :

Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots écrits lisiblement en toutes lettres : société anonyme, ou société en commandite par actions, et de l'énonciation du montant du capital social... Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 à 1.000 francs.

Un arrêt de la Cour d'Orléans (2) a décidé que la responsabilité pécuniaire résultant de cette infraction devait être supportée non par la société elle-même, mais par les agents de la société, administrateurs ou directeurs, auteurs personnels de la faute. Nous verrons que cette décision est conforme au système adopté par la jurisprudence relativement à la responsabilité pénale des sociétés.

C. — *Distribution de dividendes fictifs.* — C'est le délit le plus grave et le plus fréquent de ceux commis dans l'administration d'une société.

1. Voir sur cette intéressante question Thaller, note précitée.
2. Orléans, 8 novembre 1887. *Rev. Soc.*, 1888. 50.

Il est prévu par l'article 45 de la loi de 1867, ainsi conçu :

Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront opéré des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'article 15 contre les gérants des sociétés en commandite.

Les peines prévues par l'article 15 sont celles de l'article 405 du Code pénal relatif à l'escroquerie.

Quatre conditions sont nécessaires pour que la distribution de dividendes fictifs constitue un délit. Il faut qu'il y ait :

1° *Absence d'inventaire ou inventaire frauduleux.* — Il va sans dire que les inexactitudes de l'inventaire devraient être bien établies. Il faut, d'autre part, qu'elles soient d'une certaine importance.

La jurisprudence admet notamment qu'il est conforme aux usages reçus pour la confection des inventaires annuels que les titres en portefeuille soient évalués d'après les cours officiels pour les valeurs cotées, soit en bourse, soit en banque, et d'après les prix de revient pour celles qui n'ont pas de marché régulier. Et ces bases d'évaluation ne sauraient, à moins de circonstances spéciales, être l'objet de critiques sérieuses (1).

La Cour de Paris a également admis que le délit de

1. Paris, 18 mars 1887. Dalloz, 1888. 2. 129. Aff. du Crédit général rançais, Jules Barthier administrateur délégué.

distribution de dividendes fictifs n'est pas suffisamment caractérisé quand la différence entre le dividende distribué et celui qui aurait pu être légitimement attribué aux actionnaires est minime, de 7 francs, par exemple sur 77 francs ; le surplus étant explicable par des inexactitudes involontaires et cette faible différence n'ayant pas eu pour résultat de tromper les actionnaires sur la véritable situation de la société (1).

2° *Mauvaise foi.* — Il n'y a pas distribution de dividendes fictifs de nature à motiver l'application de la loi pénale, lorsque les majorations de quelques-uns des éléments de l'actif, dans le bilan, ne se présentent pas comme impossibles à expliquer autrement que par la mauvaise foi et qu'elles paraissent au contraire provenir d'erreurs matérielles ou de fausses appréciations (2).

Ainsi donc, la mauvaise foi ne se présume pas quand il s'agit d'un inventaire inexact. L'inexactitude de l'inventaire ne constitue pas par elle-même une fraude. Les tribunaux apprécient d'après les circonstances et ils doivent écarter la culpabilité quand l'inexactitude de l'inventaire peut s'expliquer autrement que par la mauvaise foi.

Les erreurs sont, en effet, d'autant plus faciles à commettre dans l'établissement d'un bilan, qu'il y a lieu de procéder à des évaluations parfois fort délicates, qu'il

---

1. Voir note précédente.

2. Même arrêt du 18 mars 1887 et Paris, 28 juillet 1887 ; Dalloz, 1888. 2. 137. Aff. de la banque nouvelle. Nettement, président du conseil et administrateur délégué.

s'agisse de valeurs ou d'immeubles appartenant à la société. Et une fois ces évaluations établies, il est encore fort malaisé de déterminer le chiffre des bénéfices réellement acquis. Il serait donc tout à fait exagéré de supposer *a priori* qu'une pensée de fraude a présidé à la confection d'un inventaire inexact.

Toutefois il existe en sens contraire un certain nombre de décisions (1).

Mais si, à notre avis, un inventaire inexact ne doit pas être considéré comme une présomption de faute, il en est autrement de l'absence d'inventaire. Comment supposer, en effet, que le directeur et les administrateurs aient négligé de remplir une formalité si importante et violé une disposition formelle de la loi sans une intention coupable et non dans le but avéré de dissimuler une situation embarrassée ou franchement mauvaise ?

La jurisprudence est en ce sens (2) ;

3° *Fictivité des dividendes*.— Il sortirait du cadre de cette étude de déterminer ce qu'il faut entendre par dividendes fictifs : qu'il suffise de rappeler que ce sont ceux qui « ne sont pas réellement acquis ou immédiatement réalisables ».

Avec la réalité des bénéfices, il ne faut pas confondre l'opportunité de leur distribution.

---

1. Lyon, 12 mars 1885. Sirey, 86. 2. 241. — Paris, 19 mars 1883 Sirey, 83. 2. 97. — Cass., 23 juin 1883. Sirey, 83. 1. 428.

2. Seine, 20 septembre 1884. *Rev. Soc.*, 84. 694.— Paris, 19 mars 1883. Sirey, 1883. 2. 37. — Seine, 29 avril 1885. *Journ. des Trib. de com.*, 1886. 111.

La distribution de dividendes réellement acquis ne peut en aucun cas constituer un délit ; mais elle pourrait être regardée comme une faute de gestion, si elle était faite de manière inopportune et contraire aux intérêts sociaux (1).

4° *Répartition effective des dividendes.* — Toutes les opérations préliminaires qui seraient faites dans le but de préparer une répartition de dividendes fictifs échappent à la répression si la répartition n'a pas eu lieu.

D'après l'article 3 du Code pénal, en effet, la tentative de délit n'est punissable que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi. Or, l'article 45 vise seulement le fait de la distribution de dividendes fictifs et non la tentative.

---

1. Floucaud-Pénardille, n° 831.

Un autre cas de responsabilité pénale, spécial à la législation des sociétés, est contenu dans la loi de Finances du 30 janvier 1907 : « L'émission, l'exposition, la mise en vente, l'introduction sur le marché en France d'actions, d'obligations ou de titres de quelque nature qu'ils soient, de sociétés françaises et étrangères sont assujetties à l'insertion d'une notice dans un bulletin annexe du *Journal officiel*. Cette notice doit contenir diverses mentions énumérées par la loi et de nature à éclairer le public sur la valeur des titres émis ou introduits sur le marché. Les infractions aux dispositions de la loi sont punies d'une amende de 10.000 francs à 20.000 francs. »

La responsabilité incombe d'une manière générale à tous les émetteurs, exposants, metteurs en vente et introducteurs sur le marché français des titres de sociétés.

Il importe d'observer que les divers faits qui donnent lieu à la responsabilité pénale des directeurs peuvent entraîner à leur égard une responsabilité civile, s'il en résulte un préjudice pour les tiers. C'est ce que nous avons vu notamment pour la distribution des dividendes fictifs.

Pour qu'il y ait délit, il faut donc que la distribution ait été non pas seulement préparée mais réellement effectuée.

On trouve dans l'histoire judiciaire des sociétés de nombreux procès ou l'on voit l'administrateur délégué ou le directeur condamnés pour distribution de dividendes fictifs.

Les directeurs étrangers au conseil ont quelquefois cherché à échapper à la responsabilité en soutenant qu'ils ne pouvaient être impliqués dans les poursuites, parce que la distribution de dividendes fictifs constituait, aux termes de l'article 45 de la loi de 1867, un délit tout spécial dont seuls les administrateurs pouvaient se rendre coupables. Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection, et lorsque les directeurs par leurs agissements participent au délit, pèsent de leur influence et de leur autorité sur la décision du conseil qui décide la distribution de dividendes fictifs, les tribunaux n'hésitent pas à les frapper comme complices du délit par aide et assistance (1).

---

1. Paris, 19 mars 1883. Dalloz, 1883. 1. 426.– Dans le même sens : Paris, 28 déc. 1888. Dalloz, 1888. 2. 36. — Voir aussi les diverses décisions rendues dans l'affaire de la Société des Métaux. Seine, 28 mai 1890. Paris, 5 août 1890. Cass., 24 avril 1891. Dalloz, 23. 1. 52 — et les diverses décisions rendues dans l'aff. de la banque de Lyon et de la Loire.

Voir un autre cas de responsabilité pénale spécial à la législation des sociétés, dans la loi de finances du 30 janvier 1907, a. 3° : défaut de publicité au bulletin-annexe du *Journal officiel* préalablement à l'émission et à la mise en vente des titres de sociétés.

Il importe d'observer que les divers faits qui donnent lieu à la responsabilité pénale des directeurs peuvent entraîner à leur égard une responsabilité civile, s'il en résulte un préjudice pour les tiers. C'est ce que nous avons vu notamment pour la distribution des dividendes fictifs.

APPENDICES

I. — Combinaison de textes pénaux de droit commun et de ceux de la loi de 1867

A. — *Évolution de la jurisprudence. — Exposé de son système.* — Les mêmes faits peuvent constituer à la fois des infractions à la loi sur les sociétés et des délits de droit commun. Il est donc intéressant de rechercher comment, dans la pratique, la jurisprudence combine la répression de ces faits.

Or, il est aisé de constater que la juridiction pénale a une tendance de plus en plus marquée à ne pas poursuivre comme délits spéciaux les diverses infractions à la loi de 1867 et à les ranger sous les rubriques du droit commun. Elle ne les retient de plus en plus que comme des éléments constitutifs du délit d'escroquerie. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans plusieurs de ses décisions, consacré cette tendance. Mais, quoi qu'elle ait donné à son système une grande netteté et l'ait formulé avec beaucoup de force, les Cours d'appel hésitent encore à la suivre complètement dans cette voie.

Une analyse succincte des différents arrêts rendus par la

Chambre criminelle va nous permettre de suivre cette évolution et d'en saisir la portée pratique.

Une des premières décisions où elle se manifeste est un arrêt du 8 février 1885 (1).

Dans le réquisitoire introductif d'instance, certains faits figuraient avec la qualificatien d'infraction à la loi de 1867. Le juge d'instruction avait dans l'ordonnance de renvoi écarté la qualification qui leur était attribuée et les avait rattachés à la prévention d'escroquerie, prévention résultant par ailleurs d'autres faits et d'autres éléments, qui étaient les suivants :

1° La société n'avait été qu'une spéculation financière conçue et exécutée par l'un des apporteurs dans l'intérêt d'une société de crédit dont il présidait le conseil d'administration ;

2° La plupart des actions libérées avaient été cédées à cette société pour spéculer sur leur revente ;

3° Il avait été fait appel aux capitaux par des publications mensongères dans des journaux à la solde de la société.

A ces éléments furent ajoutés les faits précédemment qualifiés comme infractions à la loi de 1867, notamment la majoration des apports faits à la société dans le but d'abuser les souscripteurs sur l'importance du fonds social.

La Cour retint tous ces faits comme constituant dans leur ensemble le délit d'escroquerie et fit aux prévenus, à

---

1. Dalloz, 1886. 1. 41.

raison de l'ensemble des faits à eux reprochés, application des pénalités de l'article 405 du Code pénal.

Ainsi, le système de la jurisprudence commence à se dégager. L'arrêt admet que la qualification d'escroquerie peut être donnée à des faits spécialement punis par la loi de 1867. Mais ces faits ne sont pas considérés comme constituant à eux seuls l'escroquerie. Ils sont rattachés à d'autres faits, ils viennent les renforcer et c'est l'ensemble de tous les faits incriminés qui constitue le délit.

Deux arrêts ultérieurs de la Chambre criminelle (1) usent du même procédé, qui consiste à rattacher les infractions à la loi de 1867 à d'autres faits constitutifs de l'escroquerie et à appliquer à l'ensemble de tous ces faits les dispositions de l'article 405 du Code pénal. Ces décisions considèrent comme manœuvres frauduleuses caractéristiques de l'escroquerie deux faits spécialement prévus et punis par la loi de 1867 : la déclaration mensongère faite devant le notaire de la souscription intégrale du capital et du versement du quart réglementaire et la distribution de dividendes fictifs.

Dans un autre arrêt, c'est l'émission et la négociation d'actions d'une société irrégulièrement constituée qui est considérée comme un des éléments du délit d'escroquerie (2).

Mais c'est dans un arrêt du 28 mai 1887 (3) que la Cour

---

1. 9 mai et 28 juin 1885. Dalloz, 1886. 1. 89.
2. Ch. criminelle, 28 juin 1887. Dalloz, 1887. 1. 361.
3. Dalloz, 1887. 1. 353.

de cassation formule le plus nettement et avec le plus de force son système. Elle arrive à qualifier d'escroquerie la plupart des agissements frauduleux commis par les administrateurs et les directeurs de société.

B. — *Critique du système de la jurisprudence.* — Une application aussi étendue de la notion d'escroquerie est-elle légitime et doit-elle être approuvée ? Il faut distinguer deux cas :

Quand les faits incriminés échappent à la répression pénale de la loi de 1867 parce qu'ils ne rentrent pas exactement dans le cadre de sa réglementation, on ne saurait critiquer la jurisprudence lorsqu'elle s'ingénie à leur donner la qualification d'escroquerie.

La loi sur les sociétés présente, en effet, des lacunes regrettables et la jurisprudence fait œuvre saine et utile en empêchant les administrateurs ou directeurs coupables de bénéficier de l'insuffisance d'un texte pénal.

Pour ne citer qu'un exemple, les articles 13 et 14 de la loi de 1867 ne punissent de peines spéciales l'émission et la négociation d'actions, que lorsque la société a été constituée en violation des articles 1, 2 et 3 de la loi. Mais lorsque ces opérations ont été faites en violation de l'article 4, par exemple, article relatif à la nécessité de la vérification et de l'approbation des apports avant la constitution de la société, elles échappent à la sanction de la loi. L'opinion contraire de MM. Mathieu et Bourguignat (1),

1. Commentaire de la loi de 1867, n° 123.

isolée d'ailleurs (1), ne saurait prévaloir contre le texte forme des articles 13 et 14. Il y a certes dans cette différence de traitement entre des règles d'une égale importance une anomalie choquante, et il faut reconnaître que les juridictions répressives ont sagement agi en essayant de la corriger.

C'est ce qu'a fait la Chambre criminelle dans son arrêt précité du 28 juin 1887, quand elle attribue le caractère d'escroquerie à l'émission et à la négociation des actions d'une société irrégulièrement constituée, mais dont l'irrégularité provenait d'une cause autre que celle prévue par les trois premiers articles de la loi de 1867.

La prévention échappait à l'application de cette loi. Il y avait cependant des agissements répréhensibles ; on frappe les coupables des peines de l'escroquerie.

De même, l'arrêt précité du 28 mai 1887 voit dans la distribution de dividendes anticipés un des éléments du délit d'escroquerie. Or, l'article 45 de la loi des sociétés ne réprime que la distribution de dividendes fictifs.

Le fait échappait à toute répression si la Cour n'avait pu lui donner une autre qualification pénale.

On ne peut donc dans ces hypothèses que donner une approbation complète au système de la jurisprudence.

Si la Cour suprême, *dit M. Garraud*, a l'intention de combler à coup d'arrêts, les vides faits dans nos lois de répression par

1. Voir en sens contraire : Pont, n° 1315. — Houpin, n° 617. — Vavasseur, n° 715. — Lyon-Caen et Renault, n° 799.

des abrogations ou des oublis législatifs peu réfléchis, nous devrions blâmer cette tendance. Mais telle n'est certes par sa pensée : elle estime seulement qu'il est sage pour la justice, de tirer parti dans un but de salubrité sociale, de toutes les qualifications générales du Code pénal et de montrer que si la fraude prend de nos jours des formes nouvelles, il n'en est guère qui échappent à l'application du droit commun (1).

La jurisprudence trouve d'ailleurs sa justification dans la loi de 1867 elle-même, qui dans son article 15 prévoit l'application possible des peines de l'article 405 à tous les faits, quels qu'ils soient, constitutifs du délit d'escroquerie.

Mais en est-il de même et faut-il approuver également la tendance de la jurisprudence quand elle donne la qualification d'escroquerie à des faits qui tombent, sans que le doute soit permis, sous l'application de la loi de 1867 ?

La loi de 1867 semble bien approuver cette manière de faire. L'article 15 punit certaines fautes des peines de l'article 405 « sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie. » Cela paraît bien viser même les agissements délictueux spécialement réprimés par la loi. Cette conception correspond d'ailleurs avec la réalité des faits. Il arrive bien souvent que le même acte, suivant le point de vue auquel on l'envisage, constitue telle ou telle infraction à la loi pénale

---

1. Garraud, Dalloz, 1886. 1. 89.

et il appartient au juge de lui donner l'une ou l'autre des qualifications possibles.

Cette manière de faire, bien que légitime, est cependant à certains égards regrettable. A ne plus appliquer la loi de 1867, les juges en arrivent à ne plus l'étudier et à la connaître imparfaitement. Son sens général et son mécanisme leur échappent ; ils ne peuvent se familiariser avec son interprétation délicate. Il arrive ainsi que certains agissements délictueux, que l'application de la loi eût permis de réprimer, demeurent impunis lorsqu'ils ne peuvent s'adapter à l'idée d'escroquerie.

La marche envahissante de la notion d'escroquerie est encore accentuée par l'extension de l'article 405 à tous les faits constitutifs de l'agiotage quand ils s'appliquent à des actions de sociétés (1), de telle sorte que la notion d'escroquerie englobe à l'heure actuelle la grande majorité des délits qui peuvent se commettre tant au moment de la constitution de la société que dans le cours de l'existence sociale.

Il y a lieu d'observer cependant que certaines Cours d'appel paraissent suivre sans enthousiasme la Chambre criminelle dans la voie qu'elle prétend leur tracer.

C'est ainsi que dans l'affaire de la Banque de Lyon et de la Loire la Cour de Bourges a évité de suivre les indications de la Cour suprême et de donner la qualification

---

1. Voir *supra* : agiotage.

d'escroquerie aux divers faits de la prévention poursuivis primitivement comme infractions à la loi de 1867 (1).

II. — La société peut-elle encourir une responsabilité pénale a la suite d'actes accomplis par l'administrateur délégué ou le directeur ?

Pour ceux qui admettent, et c'est la théorie dominante parmi les auteurs français, que la société anonyme n'est douée de la personnalité morale que par le jeu d'une fiction, la question de la responsabilité pénale de la société ne se pose même pas.

On ne peut punir qu'un agent susceptible de délinquer et la raison se refuse à concevoir une fiction, c'est-à-dire un être imaginaire, commettant un délit.

Aussi la jurisprudence française, dont les solutions se réfèrent généralement à la théorie de la fiction, s'est-elle prononcée de façon à peu près unanime contre la responsabilité pénale des personnes morales et plus spécialement des sociétés.

Un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 1877 se contente de justifier ce système par l'impossibilité où se

1. 2 août 1888. Dalloz, 1889. 2. 49. V. cependant en sens contraire : Bruxelles, 24 avril 1900. Dalloz, 1901. 2. 127. Cet arrêt adopte le système de la Cour de cassation.

trouvent les tribunaux de répression de punir un être fictif (1).

Dans d'autres décisions plus récentes, elle fait appel à des motifs juridiques d'une valeur supérieure, soit à l'idée de personnalité des peines (2), soit à l'impossibilité pour un être moral, qui n'agit que par l'intermédiaire de ses représentants, de commettre un délit (3).

Au point de vue de la législation positive française, cette solution paraît exacte. On ne peut punir qu'en vertu d'un texte formel; or, les groupements sont restés en dehors des prévisions de la loi pénale.

La jurisprudence cependant, en posant en principe absolu l'irresponsabilité pénale des personnes morales et spécialement des sociétés, se heurte à un illogisme. N'y a-t-il pas, en effet, une anomalie évidente à admettre à l'encontre de la société, comme le fait la jurisprudence, une responsabilité civile à la suite des fautes commises par ses mandataires agissant dans les limites de leurs fonctions et à repousser systématiquement la possibilité de sa responsabilité pénale ? Si la société encourt une responsabilité civile, c'est parce qu'elle est réputée avoir com-

---

1. Sirey, 1877. 1. 336 : « Attendu qu'on ne peut poursuivre devant les tribunaux de répression que des *êtres réels*, sur lequels peut porter une peine ; que, conséquemment, une société... *être moral* ne saurait répondre pénalement d'un délit... »

2. Sirey, 1885. 1. 470.

3. Cass., 17 décembre 1891. Pand. franç., 93. 1. 207. — Cass., 6 avril 1894. Pand. franç., 94. 1. 522.

mis une faute. Pourquoi dès lors ne pourrait-elle commettre une faute punie par la loi pénale ?

Le grand théoricien de la fiction, Savigny, a compris la gravité de l'objection. Aussi n'hésite-t-il pas, pour sortir de cet impasse, à appliquer même aux délits civils les conséquences logiques de ses principes. « Tout délit même civil, implique *dolus* ou *culpa*, par conséquent la volonté ou la responsabilité et dès lors il ne peut pas plus être imputé aux personnes juridiques qu'aux impubères et aux aliénés (1). »

Cette déduction pratique est la seule en harmonie avec le système de la fiction. Cependant la plupart des auteurs français et la jurisprudence admettent d'une part la responsabilité civile de la société et d'autre part son irresponsabilité pénale. C'est là une solution hybride, dont il n'est pas possible de donner une justification sérieuse.

Si la théorie de la fiction est impuissante à donner sur cette question importante des solutions pratiques satisfaisantes, on arrive au contraire à un ensemble de conséquences d'une logique rigoureuse en partant de l'idée que la société est non pas une personne fictive, mais une personne réelle ayant une volonté qui lui est propre et qu'elle manifeste par ses organes (2). Quand l'organe agit dans les limites de ses attributions, il exprime la volonté sociale. Les actes répréhensibles de ses organes peuvent

1. Savigny, *Traité de Droit romain*, § 95.

2. C'est l'idée de la doctrine allemande moderne : théorie de la volonté réelle, et de M. Michoud : théorie de la volonté légale. Voir *supra*, p. 6 et suiv.

donc constituer un délit imputable à la société. La responsabilité pénale de la société découle ainsi nécessairement de la conception qui lui attribue une volonté propre et une personnalité réelle.

L'idée d'une responsabilité pénale infligée à la société n'a rien d'ailleurs qui choque la raison.

Les peines corporatives ont été appliquées en France pendant de longs siècles et l'on voit au moyen âge les théoriciens les plus convaincus du système de la fiction faire de louables efforts pour concilier leur système avec l'idée de peines corporatives (1).

Pendant l'époque révolutionnaire, la conception de la peine corporative s'éclipse sous l'influence d'un double courant d'idées : la doctrine de la fiction, qui triomphe dans les assemblées révolutionnaires, et les théories nouvelles qui font de la personnalité des peines une sorte de principe intangible.

Notre législation s'est inspirée des idées révolutionnaires et le délit corporatif n'a pas trouvé place dans le Code pénal.

Cependant, la doctrine française moderne ne paraît pas inconciliable avec l'idée de responsabilité pénale des grou-

---

1. Les canonistes se contentent en général d'invoquer les textes du droit canon qui impliquent l'idée d'une peine infligée à une corporation,

Bartole, au contraire, tente hardiment la conciliation entre les principes en apparence opposés de la fiction et de la responsabilité pénale des groupements. — Voir Mestre, *op. cit.*, p. 72 et les références.

pements,en lui attribuant toutefois un champ d'application assez restreint.

Gierke et ses partisans prétendent appliquer aux personnes morales toute l'échelle des peines, depuis la mort, représentée par la dissolution du groupement, jusqu'à la simple amende (1). Mais cela paraît excessif. Le plus souvent, en effet, l'organe, en commettant un délit, agira en dehors de sa compétence et outrepassera les limites de ses fonctions. L'acte constituant une infraction à la loi pénale sera donc un acte personnel, qu'il ne sera pas possible de considérer comme l'expression de la volonté sociale. On ne peut donc admettre pour la société qu'une responsabilité pénale exceptionnelle (2).

Mais il semble que, réduite à ces limites, l'application de la responsabilité pénale de la société ne se heurterait à aucun principe de droit positif et serait parfaitement conciliable avec les textes du droit pénal, à condition, bien entendu, que l'on ne cherche pas à appliquer à la société des peines autres que celles ayant un caractère pécuniaire.

L'administrateur délégué ou le directeur d'une société lance, par exemple, une émission nouvelle d'actions, en augmentation du capital social ; le public a souscrit à cette émission, trompé par des prospectus fallacieux et des bilans truqués. Si cet acte délictueux est puni par une condamnation à l'amende, qui devra supporter la responsa-

---

1. Gierke, *Genossenschafstheorie*, p. 771.
2. Michoud, t. II, p. 250, nº 282.

bilité pénale ? Le directeur n'a-t-il pas agi en qualité d'organe de la société et dans son intérêt ? ne semble-t-il pas par conséquent que la faute du directeur soit la faute de la société elle-même ?

La même question s'est posée à propos de l'article 64 de la loi de 1867, qui vise la nécessité de mentionner sur les documents émanant de la société, la forme de la société et le montant du capital social. Qui devait supporter la responsabilité de l'infraction ? Le directeur et les administrateurs qui avaient commis la faute ou la société elle-même ? La Cour d'Orléans (1) a admis que la responsabilité incombait aux mandataires, auteurs directs de l'infraction. Mais ne pouvait-on soutenir rationnellement, comme on l'a fait devant la Cour, qu'il s'agissait là d'une faute imputable à la société elle-même ? La faute n'était-elle pas commise, en effet, par les représentants de la société agissant dans les limites normales de leurs attributions ?

C'est surtout en matière de contraventions que la responsabilité de la société semble pouvoir être le plus facilement acceptée, car en général les actes qui donnent lieu à ce genre d'infractions entrent dans le cercle d'action de ses organes. Il existe, par exemple, toute une série de textes qui prononcent des amendes non seulement contre l'auteur matériel de la contravention, mais encore contre son commettant. Tels sont les textes relatifs à la police du rou-

1. Orléans, 8 novembre 1897. *Rev. Soc.*, 1898. 50.

lage, à la police des chemins de fer, à certaines infractions forestières (1).

Il semble bien que dans ces diverses hypothèses on pourrait, sans violer le principe de la personnalité des peines, faire supporter à la société elle-même la responsabilité de la contravention.

La jurisprudence cependant ne l'admet pas et c'est aux administrateurs ou aux directeurs qu'elle fait supporter la responsabilité (2). Les simples administrateurs y échappent d'ailleurs le plus souvent. Il leur suffit pour être mis hors de cause de justifier qu'ils se sont déchargés, soit sur le directeur, soit sur l'administrateur délégué, de l'administration courante de la société et de la surveillance des affaires sociales.

En effet, si, au point de vue civil, il peut y avoir dans certains cas solidarité entre les administrateurs de la société anonyme, leur responsabilité pénale ne saurait résulter que d'un acte positif ou tout au moins d'une négligence apportée par eux personnellement dans la gestion des intérêts communs.

Ces principes ont été nettement posés par le tribunal

---

1. Voir énumération des cas de ce genre dans Sourdat. *Responsabilité*, t. II, nos 778 et suiv., et dans Dalloz, *Rép. supp.* V° *Responsabilité*, nos 680 et suiv. — Le décret du 8 mars 1899 sur la circulation des automobiles contient également des dispositions qui permettent de condamner le propriétaire de l'automobile. V° Cass., 2 décembre 1905. Dalloz, 1905. 1. 535.

2. Cassation, 6 et 9 avril 1894. Dalloz, 1896. 1. 50.

correctionnel de la Seine dont les décisions ont fortement réagi contre la tendance du tribunal de simple police de Paris à englober tous les administrateurs de la société dans une commune responsabilité, quant aux contraventions commises dans la gestion des affaires sociales (1).

Ainsi c'est l'administrateur délégué qui a été déclaré seul responsable, à l'exclusion des administrateurs et du président du conseil, de la contravention résultant du défaut de numéro de police sur une voiture automobile (2) ; de celle résultant du défaut de plaque d'identité et du défaut de récépissé de déclaration (3).

En définitive, quelles que soient les objections de principe que l'on puisse formuler contre les solutions de la jurisprudence, il importe de retenir qu'elle n'admet dans aucun cas la responsabilité pénale de la société anonyme (4).

---

1. Voir en ce sens : Trib. simple police Paris, 2 juin 1904. *Gazette des Tribunaux*, 3 juin 1904.

2. Trib. correct. Seine, 15 mars 1904. *Gazette des Tribunaux*, 1904, 1er semestre, 2. 483.

3. *Id.*, 8 novembre 1604. *Id.*, 22 novembre 1904.

4. Voir encore en ce sens les décisions suivantes : Orléans précité du 8 novembre 1887. — Paris, 16 décembre 1885. *Rev. Soc.*, 1886. 99 — Trib. correct. Seine., 21 juillet 1896. *Journ. Soc.*, 1897. 91. — Alger, 11 février 1899. *Rev. Soc.*, 1899. 395.

TITRE III

DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ DE LA COMPÉTENCE

La responsabilité des directeurs et des délégués est mise en jeu par les mêmes actions que celle des administrateurs ordinaires et les conditions d'exercice de ces actions sont absolument identiques.

Il n'y a donc rien de particulier à dire sur la manière dont elles s'exercent, les personnes à qui elles appartiennent, la prescription et les fins de non-recevoir, le quitus et ses effets. Sur tout ces points il nous suffit de renvoyer aux principes ordinaires des actions en responsabilité. Seules, les règles relatives à la compétence nécessitent quelques observations spéciales.

§ 1. — *Compétence* ratione materiæ.

Cette question est des plus délicates et ni la doctrine ni la jurisprudence ne l'ont encore nettement dégagée. Il semble cependant qu'avec l'aide des principes on puisse

la résoudre facilement, dans la plupart des cas du moins.

Il y a lieu tout d'abord d'établir une première distinction entre l'action sociale et l'action individuelle. Le fondement et par suite le caractère de ces deux actions étant absolument différent et la compétence *ratione materiæ* étant basée sur le caractère et la nature de chaque action, on comprend qu'à ce point de vue elles obéissent à des règles différentes.

A. — Action sociale. — *Première hypothèse. — Elle est dirigée contre les administrateurs, le délégué ou le directeur associé, à raison d'un acte accompli par eux dans l'exercice de leur mandat.*

Dans ce cas, c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de connaître de cette action. Il s'agit là, en effet, d'une contestation entre associés pour raison d'une société de commerce (art. 631-2°).

On peut donner encore une autre raison de la compétence de la juridiction consulaire. Les administrateurs et directeurs étant dans ce cas des associés, leur mandat a pour objet des opérations dans lesquelles les mandataires eux-mêmes sont intéressés. Ce mandat a donc un caractère commercial (1) ; il constitue pour les deux parties un acte de commerce et à raison de cet acte les deux parties sont justiciables de la juridiction consulaire (art. 631, § 3).

Deuxième hypothèse. — Elle est dirigée contre les admi-

1. En ce sens : Dalloz, *Supp. Rep.* V° *Compétence commerciale*, n° 95.

nistrateurs, le délégué ou le directeur associé, à raison d'un acte accompli en dehors de leurs pouvoirs.

Quelques décisions attribuent alors la compétence aux tribunaux civils (1). Mais on admet cependant de façon à peu près unanime que la compétence appartient aux tribunaux de commerce. En effet, les actes ainsi accomplis constituent en somme vis-à-vis de la société des quasi-délits. Ces quasi-délits se rattachent à l'exécution d'un mandat commercial, c'est-à-dire d'un acte de commerce. Ils doivent donc être assimilés à des actes de commerce relevant de la juridiction consulaire. C'est là une des multiples applications de la théorie de l'accessoire (2).

Troisième hypothèse. — Elle est dirigée contre le directeur étranger à la société.

La question est ici d'une difficulté extrême. Aucune des deux dispositions précitées n'est applicable, ni l'article 631, § 2, le directeur n'étant pas associé, ni l'article 631, § 3, le directeur n'ayant pas fait acte de commerce en acceptant le mandat à lui confié.

A s'en tenir à la rigueur des principes, il semble nécessaire d'admettre que l'action sociale doit être portée devant le tribunal civil.

Il est incontestable cependant que cette solution conduit pratiquement à un résultat bizarre : la société pourra actionner devant le tribunal de commerce tous

---

1. Seine, 20 juillet 1887. *Rev. Soc.*, 1887. 527.

2. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 177. — Thaller, n° 61.

ses mandataires (administrateurs ordinaires, administrateurs-délégués), tous ses employés (directeur technique, commis). Seul le directeur échappera à la juridiction commerciale. Il y a là une anomalie évidente (1).

La compétence du tribunal civil présente d'ailleurs un grave inconvénient. Il est bien rare, en effet, que le directeur soit seul l'objet des poursuites, sa responsabilité est bien souvent solidaire avec celle des administrateurs. Mais alors, si la juridiction civile est compétente en ce qui concerne le directeur, il va falloir scinder les deux actions et porter l'une devant le tribunal civil et l'autre devant le tribunal de commerce. C'est là un résultat des plus fâcheux.

Aussi est-il admis par la plupart des auteurs que, dans tous les cas, l'action sociale est de la compétence des tribunaux de commerce, quelles que soient les personnes contre lesquelles elle est dirigée. C'est la formule qu'ils donnent habituellement à leur système, sans d'ailleurs la justifier.

Nous ne voyons, pour notre part, qu'un essai de justification possible de ce système. Il faut recourir à l'article 634, § 1^er^ et assimiler le directeur étranger à la société à un commis. Il faut admettre, en d'autres termes, que la disposition de cet article s'applique non seulement aux personnes liées à un commerçant par un contrat de louage

---

1. En ce sens : Dalloz, Rép. *Supp.* V° *Compétence commerciale*, n° 95.

de services, mais à tous les préposés, c'est-à-dire à tous ceux qui d'une manière quelconque accomplissent des actes de commerce pour le compte d'un tiers.

Mais c'est là certainement étendre au delà de leur sens légal les expressions de l'article 634, § 1er : Cet article ne s'applique qu'aux locateurs de services (1).

Ainsi donc, tout en admettant, à raison de considérations pratiques, la compétence commerciale pour l'action sociale dirigée contre le directeur étranger à la société, il ne paraît guère possible de la justifier théoriquement.

B. — Action individuelle. — A notre avis, c'est toujours le tribunal civil qui est compétent pour connaître de cette action. En ce qui concerne le directeur étranger à la société, cette solution est incontestable. Quant aux divers mandataires associés, s'il est vrai de dire que leur mandat est commercial, ce n'est pas ici à raison de l'exécution de ce mandat qu'ils sont poursuivis comme cela a lieu dans l'action sociale. D'autre part, ils ne sont pas commerçants et on ne peut par suite leur appliquer la règle d'après laquelle les délits et quasi-délits commis par un commerçant dans l'exercice de sa profession relèvent du tribunal de commerce (2).

---

1. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 20 novembre 1834 (Dalloz, 35. 1. 40. et Rép. V° *Compétence commerciale,* n° 150) a bien admis la compétence commerciale pour une action en reddition de comptes dirigée contre le liquidateur d'une société ; mais voir en sens contraire : Houpin, t. II, n° 960. — Liège, 15 janvier 1895. *Rev. Soc. Belg.*, 1897. 296.

2. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 834.

Cependant, on propose de préférence la distinction suivante :

1° Si le demandeur a fait un acte de commerce en traitant avec la société, c'est la juridiction commerciale qui est compétente ;

2° S'il a fait au contraire une opération civile, il a le choix de la juridiction, par application du système admis par la jurisprudence quand un acte est commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre (1).

On ne peut justifier cette solution qu'en étendant aux administrateurs l'article 634, § 1er et en les regardant comme des préposés de la société. Or, nous avons dit que cette extension nous paraît inadmissible.

§ 2. — *Compétence* ratione loci.

Il y a lieu d'établir ici encore une distinction entre l'action individuelle et l'action sociale.

L'action sociale sera portée devant le tribunal du siège social (article 59 C. pr. civ.).

L'action individuelle sera au contraire de la compétence du tribunal du domicile des défendeurs (2).

---

1. Houpin, t. II, n° 828. — Rousseau, t. II, n° 2761. — Pont, t. II, n° 1547. — Paris, 24 janvier 1874. Dalloz, 76. 2. 216. — Angers, 21 mars 1873. — Sirey, 74. 2. 214.

2. En ce sens : Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 401. — Garsonnet, t. I, § 171. — Carré et Chauveau, t. I, question 261. — Houpin, n° 723. La jurisprudence est aussi en ce sens.

Si les statuts contenaient attribution de compétence à un tribunal déterminé, cette clause serait valable et obligerait les actionnaires ; mais elle serait sans effet vis-à-vis des tiers (1).

---

1. Cassation, 6 avril 1886. Dalloz, 1886. 5. 97. — *Id.*, 25 février 1895. Sirey, 1895. 1. 180.

CHAPITRE V

FIN DES FONCTIONS DE L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ ET DU DIRECTEUR

En thèse générale, les actes du directeur et de l'administrateur délégué ne sont valables que quand ils ont été accomplis pendant la durée de leur mandat. Ce principe ne comporte qu'une seule exception, prévue par l'article 2008 du Code civil : « Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. »

L'ancien droit admettait déjà cette solution, mais elle était restreinte au cas du décès du mandant (1). C'est avec raison que le législateur l'a généralisée.

Il importe donc d'examiner quand et comment le mandat des directeurs prend fin. Conformément à l'article 2003 du Code civil, les fonctions des mandataires de la société

---

1. Pothier, *Du Contrat de mandat*, n° 106. — Domat, *Lois civiles. Des Procurations*, livre I^er^, titre XV, sect. IV, n° 6.

anonyme, administrateurs ou directeurs finissent par l'un des modes suivants :

1° Expiration du temps pour lequel ces fonctions ont été confiées ;

2° Révocation du mandataire ;

3° Sa démission ;

4° Son décès ;

5° Son changement d'état (interdiction, déconfiture, mise en faillite ou liquidation judiciaire) ;

6° Fin de la société (expiration, dissolution, mise en faillite ou en liquidation judiciaire).

Sur tous ces points, il y a lieu d'appliquer purement et simplement les règles du droit commun et celles relatives aux administrateurs ordinaires. Une étude spéciale de chacun d'eux serait donc inutile :

Seules les trois premières causes énumérées nécessitent quelques observations particulières.

§ 1. — *Expiration du temps pour lequel le mandat a été confié.*

Il a été indiqué plus haut que le directeur et l'administrateur délégué ne peuvent être nommés pour plus de trois ans, quand leur nomination est contenue dans les statuts, et pour plus de six ans, quand ils sont nommés par le conseil d'administration ou l'Assemblée générale.

Leurs fonctions cessent de plein droit et jour pour jour à l'expiration du temps fixé. Mais il faut observer que si

l'acte de nomination fixait à leur mandat une durée supérieure à la durée légale, il y aurait lieu à réduction de cette durée et le mandat prendrait fin à l'expiration du délai de trois ans ou de six ans, suivant les cas.

Ils sont, d'ailleurs, indéfiniment rééligibles, mais leurs fonctions ne peuvent se renouveler par tacite reconduction. Une nouvelle nomination est indispensable.

§ 2. — *Révocation*

Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, le directeur et le délégué sont révocables *ad nutum* et cette révocabilité est d'ordre public. Contrairement au droit commun du mandat, il ne peut y être dérogé par la convention des parties.

A qui appartient le pouvoir de révocation? Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant le mode de nomination, celui qui nomme ayant normalement et à moins de disposition contraire des statuts, pouvoir de révoquer.

Si donc le directeur ou le délégué ont été nommés par l'Assemblée générale, c'est à l'assemblée qu'il appartiendra de les révoquer. Il en serait de même si leur nomination était contenue dans les statuts.

S'ils ont été nommés par le conseil, c'est lui qui a le droit de les révoquer et qui exerce le plus souvent le droit de révocation. Cependant, ce droit appartiendrait aussi, dans ce cas, à l'Assemblée générale (1). Le droit de révocation

---

1. Paris, 12 avril 1892. *Rev. Soc.*, 1892. 453.

des administrateurs entraîne, en effet, comme conséquence celui de révoquer les mandataires substitués du conseil d'administration.

La révocation est prononcée, soit par l'Assemblée générale, soit par le conseil à la majorité ordinaire et il ne pourrait être valablement stipulé que l'administrateur délégué ou le directeur ne seraient révoqués valablement que par une Assemblée générale extraordinaire ou une Assemblée générale ordinaire, mais avec une majorité supérieure à la moitié plus une des voix des actionnaires.

Il en serait de même de la clause des statuts conférant au conseil le pouvoir de révocation, mais en indiquant que la délibération sera prise avec un nombre de membres présents ou une majorité supérieure à celle prévue par l'acte social pour les délibérations ordinaires.

De pareilles clauses devraient être regardées comme contraires au droit absolu et d'ordre public de révocation de ces mandataires (1).

Même lorsqu'ils ont été désignés dans l'acte social, une assemblée ordinaire votant à la majorité légale a le pouvoir de les révoquer. La révocation n'est pas soumise aux formes prescrites pour la modification des statuts (2).

Mais le droit qui appartient à l'Assemblée générale de

---

1. Voir Houpin, t. II, n° 782.

2. Cass., 28 juillet 1868. Sirey, 1869. 1. 57. — Paris, 6 mars 1890. *Journ. Soc.*, 1891. 260. — Seine, 16 janvier 1899. *Journ. Soc.*, 1899. 266.

révoquer les administrateurs, peut se heurter, en fait, à un sérieux obstacle.

L'Assemblée générale ne peut être convoquée que par le conseil d'administration et, en cas d'urgence, par les commissaires des comptes. La loi n'admet pas sur ce point l'initiative des associés, sauf le cas où les statuts donnent à un groupe déterminé d'actionnaires le droit de provoquer la convocation de l'assemblée.

D'autre part, celle-ci ne peut délibérer que sur les questions posées à l'ordre du jour et l'ordre du jour ne peut être arrêté que par ceux-là mêmes qui ont pouvoir de convoquer l'assemblée.

Si donc, le conseil ou les commissaires refusent de convoquer les actionnaires ou de porter à l'ordre du jour la révocation des directeurs, l'assemblée ne pouvant se réunir ou ne pouvant délibérer régulièrement sur cet objet, sera mise pratiquement dans l'impossibilité d'exercer son droit de révocation.

Comment les actionnaires pourront-ils tourner la difficulté et surmonter le mauvais vouloir des commissaires ou du conseil d'administration ? Deux moyens s'offrent à eux. Le premier consiste à attendre la réunion de l'assemblée ordinaire et à créer au cours de la discussion des incidents de séance, à refuser, par exemple, l'approbation des comptes présentés par les directeurs. La jurisprudence admet, en effet, que la révocation des administrateurs est possible, bien que la question ne soit pas portée à l'ordre

du jour, si elle est provoquée par des incidents survenus en cours de séance (1).

Mais si, par suite de la mauvaise gestion des administrateurs et de l'effet désastreux que cette gestion peut avoir sur les affaires de la société, il y a urgence à faire prononcer leur révocation, les actionnaires peuvent en référer au tribunal et lui demander d'ordonner la réunion de l'assemblée générale. Le tribunal devra accueillir leur action si les motifs invoqués lui paraissent d'une gravité suffisante pour nécessiter des mesures immédiates (2). Il nous paraît même exister un cas où le tribunal devrait nécessairement faire droit à cette demande : celui où elle serait introduite par un nombre d'actionnaires suffisant pour provoquer la révocation. Mais malgré l'urgence, une demande de ce genre ne pourrait, dans aucun cas, être introduite devant le juge des référés (3).

La révocation doit être notifiée aux mandataires de la société (art. 2005); elle ne produit son effet et n'anéantit

---

1. Houpin, no 878. — Alger, 30 décembre 1890. *Journ. Soc.*, 1891. 282. — Cass., 5 juillet 1893. *Journ. Soc.*, 1893. 494. — Cass., 15 juillet 1895. Sir., 95. 1. 349. Dal., 96. 1. 31. — Pau, 10 avril 1900. Dall., 1900. 2. 433. — Voir : Cass., 5 juillet 1893. Sir., 93. 1. 737. Dall., 94. 1. 41. — Paris, 31 décembre 1901. *Journ. Soc.*, 1902. 220. — Seine, 10 décembre 1902. *Journ. Soc.*, 1903. 264. — Paris, 7 janvier 1904. *Journ. Soc.*, 1904. 414. — Seine, 10 septembre 1904. *Gaz. Trib.*, 25 novembre.

2. Seine, 15 décembre 1890. *Journ. Soc.*, 1891. 49.

3. En ce sens : Houpin, n° 874. — Voir sur la même question, en ce qui concerne les administrateurs ordinaires : Houpin., *Journ. des Sociétés*, 1901. 481.

les pouvoirs du mandataire révoqué que du jour où la notification est parvenue à sa connaissance. Cependant, cette notification ne serait pas nécessaire, si celui-ci avait eu connaissance par un moyen quelconque de la mesure prise à son égard. Dans ce cas, ses pouvoirs expireraient à partir du moment où il aurait eu en fait connaissance de sa révocation. Tous les actes accomplis par lui jusque-là seraient valables (art. 2008).

La révocation doit être également portée à la connaissance des tiers, s'il y a sujet de craindre que le mandataire révoqué ne se soumette pas à la mesure prise contre lui et persiste à exercer ses fonctions. Il suffit à cet effet de procéder par voie de publication dans un journal d'annonces légales. L'utilité de cette publication résulte de l'article 2005 du Code civil. D'après ce texte :

La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

Et l'article 2009 ajoute :

Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

A qui incombe la preuve de l'ignorance de la révocation dans laquelle se sont trouvés le mandataire lui-même ou les tiers ? A notre avis, la bonne foi ne se présume pas et c'est à ceux qui arguent de cette ignorance à en rapporter la preuve. Le principe est que les actes accomplis par le

mandataire postérieurement à la révocation sont de nul effet à l'égard du mandant. Ce principe souffre une exception qui est prévue par les articles 2005 et suivants: ceux qui l'invoquent doivent prouver qu'ils se trouvent dans le cas exceptionnel résultant de leur bonne foi (1).

Cette solution relative aux actes accomplis par le mandataire avec les tiers, dans l'ignorance de la révocation, doit être d'ailleurs étendue à toutes les causes qui mettent fin au mandat (art. 2008 et 2009).

Au cas où le directeur refuserait de se soumettre à la décision prononçant sa révocation, la société pourrait s'adresser à la justice pour faire prononcer son expulsion *etiam manu militari*. La demande en expulsion devrait être portée devant le tribunal de commerce (2).

§ 3. — *Démission*

C'est la contre-partie de la révocation. Le contrat qui lie la société avec ses mandataires peut être résilié à un moment quelconque par la volonté de l'une ou l'autre partie.

La démission doit être notifiée à la société en la personne du président du conseil d'administration (arg. art. 2007).

---

1. En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du Mandat*, n° 869. — Guillouard, *Du Mandat*, n° 212. — Laurent, t. XXVIII, n° 118. — Cass., 29 avril 1845. Dall., 1845. 1.222. — *Contrat*, Pont, *Des Petits Contrats*, n° 1180.

2. En ce sens : Houpin, t. II, n° 837. — En ce sens contraire : Paris, 18 janvier 1893. *Journ. Soc.*, 1893, 311.

De même que la révocation, la démission ne saurait donner lieu en principe à des dommages-intérêts ; elle peut être donnée *ad nutum*.

Cependant, si la révocation ne peut dans aucun cas et pour aucun motif donner lieu à une réparation pécuniaire, quel que soit le préjudice qui en résulte pour la personne révoquée, il n'en est pas de même de la démission et il est admis que l'article 2007, § 2, qui prévoit une indemnité au profit du mandant en cas de rupture intempestive du contrat par le mandataire est applicable aux administrateurs et directeurs de sociétés (1).

Cet article s'exprime de la façon suivante :

Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Rationnellement, il semble qu'il ne devrait pas en être ainsi et il est difficile d'admettre que la résiliation intempestive d'un contrat par l'une des parties puisse donner lieu à des dommages-intérêts, alors que la même résiliation provenant de l'autre partie ne comporte aucune indemnité.

---

1. Houpin, t. II, n° 783. — Lyon-Caen et Renault, n° 812. — Rousseau, n° 2186. — Seine, 20 octobre 1890. *Journ. Soc.*, 1891. 23.

CHAPITRE VI

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

I. — Allemagne

On trouve dans l'administration des sociétés anonymes allemandes deux organes distincts :

Le « Vorstand » appelé aussi « Verwalstungsrath » ou « Direcktion » et l' « Aufsichtsrath » ou Conseil de surveillance.

A. — *Parallélisme entre le Vorstand et la direction de la société anonyme française*

On est porté de prime abord à voir dans le Vorstand l'équivalent de notre conseil d'administration, mais on s'aperçoit bien vite qu'il existe entre ces deux organes des différences fondamentales, tandis qu'on constate au contraire une analogie et un parallélisme frappants entre le Vorstand et la direction des sociétés anonymes françaises.

Que le Vorstand ne soit pas un conseil d'administration,

on en trouve déjà la preuve dans l'ancienne législation allemande.

Le Code de commerce allemand de 1861 admettait l'existence simultanée dans la même société du Vorstand et d'un conseil d'administration et les Travaux Préparatoires insistaient sur cette distinction.

Le Vorstand sera l'autorité directrice de la société à l'intérieur et à l'extérieur qu'on nomme communément la direction, et non cet organe délibérant désigné dans l'usage sous le nom de conseil d'administration et dont le rôle consiste à contrôler la direction (1).

La conception actuelle du Vorstand n'a pas changé. En effet, si le nouveau Code de commerce supprime le conseil d'administration, c'est non pas le Vorstand mais le Conseil de surveillance, qui est désigné pour en recueillir l'héritage.

Il n'y a aucun intérêt, disent les Travaux Préparatoires, à prohiber l'ingérence du conseil de surveillance dans l'administration... Un organe étranger à l'administration et à l'exploitation ne peut guère les surveiller ; sa surveillance ne portera que sur la conduite formelle des affaires, notamment sur la comptabilité ; il ne pourra donc relever en temps utile les

---

1. Procès-verbal de la conférence de Nuremberg, 38e section.

erreurs du Vorstand, chose facile à ceux qui contribuent à l'administration et en connaissent les faits principaux. En conséquence, le conseil de surveillance peut revêtir les fonctions d'un conseil d'administration. Par contre, le projet ne peut admettre la coexistence d'un conseil d'administration et d'un conseil de surveillance. Lorsque, pour contrôler effectivement la direction, il importe de prendre part à l'administration, c'est au Conseil de surveillance qu'échoit ce rôle (1).

Le Vorstand ne joue donc certainement pas dans la société allemande le rôle d'un conseil d'administration.

En fait, d'ailleurs, le Vorstand diffère d'une façon complète de notre conseil d'administration, tant par son organisation que par le rôle qu'il joue dans la société.

Ainsi, les membres du Vorstand peuvent être pris en dehors de la société, tandis que nos administrateurs sont forcément des actionnaires.

Les membres du Vorstand ne sont pas des mandataires comme nos administrateurs, ils sont liés à la société par un contrat qui, par ses effets, ressemble plus à un louage de services qu'au mandat, et de là découle toute une série de différences importantes. Notamment, les membres du Vorstand ne peuvent être révoqués *ad nutum* sans indemnité. Ils doivent consacrer à la société tout leur temps et toute leur activité.

---

1. Cellérier, p. 327.

Il n'en est pas de même de nos administrateurs de sociétés et c'est chez nous un fait habituel que la même personne fasse partie de plusieurs conseils d'administration.

Le Vorstand est chargé de la gestion courante des affaires sociales, mais il doit en référer au conseil de surveillance pour les affaires les plus importantes. C'est là un rôle tout différent de celui de notre conseil d'administration. Aussi dans la pratique, le Vorstand de la société anonyme allemande est-il composé de personnes ayant des aptitudes spéciales et des connaissances techniques, capables de diriger une exploitation commerciale. Nos conseils d'administration, au contraire, sont le plus souvent composés de financiers, de capitalistes ou même de personnes n'ayant pour en faire partie d'autre titre que leur fortune ou leur notoriété.

Enfin les membres du Vorstand sont nommés ordinairement par le Conseil de surveillance, comme les directeurs de la société anonyme françaises par le Conseil d'administration.

Ainsi, toutes les particularités qui viennent d'être signalées différencient nettement le Vorstand de notre conseil d'administration et le rapprochent au contraire de très près de la direction de nos sociétés.

Si l'on veut chercher un équivalent de notre Conseil d'administration dans la législation allemande, on ne peut le trouver que dans le Conseil de surveillance. A défaut de la loi, les statuts lui confèrent en effet des pouvoirs beau-

coup plus étendus que ceux qui découlent d'un simple droit de contrôle et de surveillance. La loi engage en quelque sorte les sociétés dans cette voie en stipulant que les pouvoirs qu'elle attribue au conseil de surveillance ne sont pas limitatifs (1).

Dans la pratique, le conseil de surveillance a les pouvoirs suivants : il statue sur les difficultés d'administration que lui soumet le conseil ; il est appelé à donner son avis quand il y a lieu de prendre une décision importante ; il nomme certains employés de la société et souvent même les membres du Vorstand ; il examine le bilan et les comptes annuels, et arrête les propositions à faire à l'assemblée générale.

En somme, notre conseil d'administration ne fait pas autre chose. Ce n'est pas lui qui constitue la véritable gérance de la société. Dans la réalité des faits, son rôle se borne à celui d'un conseil de surveillance. Et d'ailleurs, comment pourrait-il en être autrement ? Pour pouvoir gérer, il faudrait qu'il siégeât en permanence, ce qui n'est le cas d'aucun conseil. Du gérant, il ne garde qu'une chose, la responsabilité. La gérance de la société, c'est en réalité la direction qui l'exerce sous la surveillance et le contrôle du conseil d'administration.

Il y a donc dans l'administration et la gestion de la société anonyme un parallélisme étroit, d'une part entre

---

1. Nouveau Code de commerce, a. 246, 53.

le Vorstand et le directeur ou l'administrateur délégué français, d'autre part entre le Conseil de surveillance et le Conseil d'administration.

B. — *Réglementation du Vorstand*

Nomination (1). — Ce sont les statuts qui déterminent le mode de nomination de la Direction (2). Le plus souvent elle est nommée par le Conseil de surveillance, plus rarement par l'Assemblée générale. La nomination doit être notifiée au Registre de Commerce, ainsi que toute modification dans la composition du Vorstand (3).

La direction se compose d'un ou plusieurs membres qui ne sont pas forcément des actionnaires (4).

Condition juridique. — Les membres du Vorstand ne sont pas des mandataires ; ils ne sont pas non plus des commis (5). Leur situation juridique présente la plus grande analogie avec celle du « prokurist » (art. 48, C. com.) : aussi existe-t-il un parallélisme frappant entre les règles qui gouvernent l'organisation du Vorstand et celles qui régissent la prokura (6).

La prokura peut reposer sur un contrat de services et

---

1. Cosack, t. III, § 116, p. 155.
2. C. com. nouveau, a. 182, 4e.
3. C. com. nouveau, a. 195, 4e et 234.
4. *Id.* art. 231.
5. Cosack, t. III, § 116, p. 157.
6. Crémieu, *Annales de droit commercial*, dissertation précitée.

alors certaines règles de ce contrat sont applicables au « prokurist ». Tel est le cas pour les membres du Vorstand. Leur rémunération, la durée de leur emploi et le droit de dénonciation, qu'ils possèdent au même titre que la société, sont déterminés d'après les règles du contrat de services en droit civil (1).

En cas de faillite, ils ont un droit de préférence conformément à l'article 61 de la loi sur la faillite (2).

Ils peuvent, à la différence du directeur français, être nommés pour un temps indéterminé. Dans ce cas, ils ne peuvent être congédiés que pour la fin d'un trimestre, avec délai de prévenance de six semaines (3).

Les membres du Vorstand peuvent être l'objet d'une révocation immédiate en cas de faute grave, et sans indemnité. La question de savoir quelles sont les fautes graves est une question d'espèces (4).

Quand il n'y a pas de motifs suffisants, la révocation immédiate est également possible, mais le membre révoqué a droit aux appointements à courir jusqu'à l'expiration de son traité ou, au cas d'engagement indéterminé, jusqu'à la fin du trimestre (5).

La société ne peut pas renoncer à son droit de destituer

---

1. Cosack, t. III, § 116, p. 156.
2. *Id.*, p. 155.
3. C. com. nouveau, 2622.
4. Cosack, t. III, § 116, p. 156
5. C. com. nouveau, art. 231, p. 3.

à tout moment et à volonté la direction. Les membres de la direction ne peuvent pas non plus se réserver une situation inamovible. Toute clause contraire des statuts serait nulle (1).

La destitution est effectuée par le même organe qui a présidé à l'engagement, par suite, le plus souvent, par le Conseil de surveillance. Elle ne produit effet contre les tiers que lorsqu'elle est portée au Registre (2).

Les membres du Vorstand ne peuvent faire partie d'une autre société en qualité d'associés personnellement responsables. Ils ne peuvent, sans le consentement de la société, exploiter un commerce ni conclure des affaires dans la branche commerciale de la société, soit pour leur propre compte, soit pour le compte d'autres personnes (3). Aucune prohibition de ce genre n'existe chez nous.

Pouvoirs (4). — Les pouvoirs de la direction sont très étendus ; ils portent en effet même sur les actes extraordinaires, par exemple sur la faculté de conclure un emprunt. Les restrictions sont les suivantes :

1° Le Vorstand ne peut accomplir un acte étranger au but de la société ;

2° Certains actes lui sont interdits, par exemple la faculté d'aliéner des actions au-dessous de 1.000 marks ;

3° Pour d'autres actes, il doit demander l'approbation du

1. *Déc. trib. com. supérieur*, 14, n° 35.
2. Cosack, t. III, § 116, p. 157.
3. C. com. nouveau, art. 236, V. aussi art. 248, al. 2, ph. 2.
4. Cosack, t. III, § 116, p. 158.

conseil de surveillance, par exemple pour la nomination de fondés de procuration (1);

4° Enfin, ses pouvoirs peuvent être restreints, soit par les statuts, soit par une décision de l'Assemblée générale (2).

Lorsque le Vorstand se compose de plusieurs membres, leur pouvoir de gérance est collectif : « pour les déclarations de volonté, dit l'article 252, notamment pour celles relatives à la signature de la direction, le concours de tous ses membres est nécessaire ».

Toutefois les statuts ou une décision de l'assemblée peuvent répartir les pouvoirs. La direction elle-même peut procéder à cette répartition. Chacun n'est alors responsable que de la branche de gestion qui le concerne ; il doit cependant surveiller la gestion des autres membres (3).

Le Vorstand représente la société en matière tant judiciaire qu'extra-judiciaire (4).

Son pouvoir de représentation est illimité et ne peut être limité. « A l'égard des tiers, dit l'article 235, alinéa 2, une restriction du pouvoir de la direction de représenter la société est sans effet. » Aussi, les actes qu'ils accomplissent, même contre les statuts ou une décision de l'assemblée, sont valables à l'égard des tiers de bonne foi.

Bien que le pouvoir de représentation ne concerne en

---

1. C. com. nouveau, art. 238.
2. C. com. nouveau, art. 235, al. 1.
3. Cosack, t. III, § 116, p. 158 et 159.
4. *Id.*, art. 231, al. 1.

principe que les actes juridiques, la société est, en vertu des règles du droit civil, tenue à raison des délits commis par la direction (1); l'article 31 du Code civil allemand décide en effet que « l'association est responsable du dommage que la direction ou tout autre représentant, constitué conformément aux statuts, a pu causer à un tiers, dans l'exécution des opérations qui lui reviennent. »

Responsabilités: a) *Civile.* — Les membres du Vorstand sont responsables si, dans l'accomplisssement des devoirs inhérents à leur charge, ils ne procèdent pas avec la diligence d'un bon commerçant. Les coupables sont solidairement responsables (2).

Le montant des dommages-intérêts doit représenter la réparation intégrale du préjudice causé par la personne responsable ou ses codébiteurs solidaires (3).

En principe, la société a seule droit à une indemnité. Les créanciers ne peuvent en obtenir qu'en exercant une sorte d'action oblique. A cet effet, en cas de faillite de la société, ils donnent au curateur mission de faire valoir le droit à une indemnité possédée par la société. S'il n'y a pas faillite, ils se font transmettre, par exécution forcée, le droit de la société.

Cependant, en cas de diminution illégale du capital

---

1. Cosack, t. III, § 116, p. 160.
2. C. Com. nouveau, a. 241.
3. Cosack, t. III, § 121, p. 257.

social, la direction est directement responsable envers les créanciers sociaux (1).

Les actions en responsabilités contre la direction se prescrivent par cinq ans (2).

Les membres du Vorstand ne peuvent prendre part à la résolution de l'assemblée qui doit les libérer de leur gestion, pas même comme représentants d'autres actionnaires (3).

b) *Pénale.* — Les membres du Vorstand encourent des pénalités dans un grand nombre de cas, notamment dans les cas suivants : lorsqu'ils agissent intentionnellement contre les intérêts de la société ; lorsque, intentionnellement, dans leurs rapports et exposés, ils disssimulent l'état véritable des affaires sociales ; lorsqu'ils fournissent sciemment des indications fausses relativement à la souscription ou au versement du capital constitutif (4).

Pour les délits les plus graves, la peine est celle de l'emprisonnement et, en même temps, une amende qui peut s'élever à 20.000 marks, ainsi que la perte des droits civils et politiques. Pour les autres délits, la peine est proportionnellement moindre (5). Il y a lieu d'ajouter à ces pénalités toute une série de peines disciplinaires édictées contre les

---

1. Cosack, t. III, p. 260 et 261.
2. C. de com. nouveau. a. 206 ; 241 al. 5 ; 249 al. 4.
3. Cosack, § 122, p. 265. Voir décision du trib. régional de Francfort-sur-le-Mein du 7 novembre 1881 ; Clunet, 1882, p. 357.
4. Cod. com. nouveau, a. 252. Cosack. t. III, p. 168.
5. C. com. nouveau, a. 312, 318.

membres de la direction par l'article 319 du Code de commerce.

Faculté de substitution. — Il est permis à la direction de se substituer des mandataires dans l'administration de la société. Parmi les mandataires que la direction peut ainsi se substituer pour la gestion des affaires sociales, il faut distinguer entre le simple fondé de pouvoirs (1) et le chargé de procuration (prokurist).

Le premier est celui de ses membres que la direction de la société autorise à s'occuper de telle affaire déterminée et qui se trouve par suite investi d'un mandat spécial. Le fondé de pouvoirs peut être nommé pour une période indéfinie. Comme les membres de la direction, il est révocable à tout instant, sauf indemnité. La direction a toujours le droit de confier ainsi à tel ou tel de ses membres le soin d'accomplir un acte spécial ou de s'occuper d'une affaire déterminée (a. 232).

Au contraire, pour que la direction puisse nommer un chargé de procuration, c'est-à-dire un mandataire pouvant traiter toutes les affaires et accomplir tous les actes juridiques ayant trait au fonctionnement de la société, il faut qu'elle y soit autorisée par le conseil de surveillance, à moins que le contrat de société ou une décision de l'assemblée générale n'en ait décidé autrement (a. 238).

Le conseil de surveillance peut aussi attribuer à certains

---

1. En allemand : *handlungsbevollmachtigt.*

membres de la direction le pouvoir de représenter la société seuls ou conjointement avec un fondé de procuration (a. 232).

II. — Angleterre

L'étude des sociétés anglaises par actions (joint stock company limited) et spécialement de la direction de ces sociétés est intéressante à plusieurs points de vue.

Nombreux sont en effet les capitalistes français qui ont des fonds engagés dans des entreprises anglaises et qui ont intérêt à connaître le mécanisme des sociétés limited.

D'autre part, il arrive fréquemment que des entreprises françaises se transforment ou se constituent en sociétés anglaises. Les apporteurs, promoteurs et administrateurs doivent donc connaître d'une façon parfaite la législation de ces sociétés.

Enfin, beaucoup de commerçants français sont en relations d'affaires quotidiennes avec des maisons anglaises ; Ils sont appelés à passer avec elles des marchés parfois très importants. Il est donc indispensable pour eux de connaître les conditions de validité de ces marchés et de savoir exactement quelles personnes ont pouvoir de traiter au nom de la société.

Avant la loi du 21 décembre 1908, qui a refondu et unifié toute la législation anglaise sur les sociétés par actions, ces sociétés étaient régies par les lois ou « companies

act » des 17 juillet 1856, 7 août 1862 et 20 août 1867, qui formaient la base même de la législation.

Depuis lors d'ailleurs l'intervention du législateur en cette matière n'avait cessé d'être des plus actives, ainsi qu'en témoignent les nombreuses lois qui avaient modifié ou complété la règlementation contenue dans les « companies act » de 1862 et 1867 (1).

La loi du 21 décembre 1908 a unifié et codifié l'œuvre féconde du législateur anglais. Cette loi, qui ne comprend pas moins de 296 articles, est un véritable code des sociétés et elle constitue à ce titre un monument législatif d'une importance considérable.

Étant donné l'étendue de la loi de 1908 et la réglementation très complète qu'elle contient, on est surpris de n'y trouver aucune disposition spéciale à la direction de la société par actions.

Seul l'article 72 de la table annexe A (2) est ainsi conçu :

Les administrateurs peuvent nommer un ou plusieurs d'entre eux aux fonctions d'administrateur-délégué ou de directeur

---

1. Les plus importantes sont celles des 23 juillet 1877, 15 août 1879, 24 mars 1880, 20 août 1883, 7 août 1900 et 20 août 1907.

2. A la loi de 1908 sont annexées plusieurs tables. La table A est un document aussi important que la loi elle-même. C'est en effet le modèle-type des statuts d'une société anonyme. S'il n'est pas déposé de statuts particuliers par la société qui se fonde, elle est censée avoir adopté les statuts-type. Dans la pratique, les sociétés limited se constituent au moyen de statuts très courts et se réfèrent pour le surplus au texte de la table A.

pour telle durée et à telle rémunération (soit à titre d'appointements, commissions, participation dans les bénéfices) qu'ils peuvent juger convenables. Un administrateur ainsi nommé, tant qu'il conservera ses fonctions, ne sera pas soumis au mouvement de roulement des administrateurs ordinaires et ne sera pas compris dans le mouvement de roulement des administrateurs qui se retirent ; mais sa nomination se terminera immédiatement s'il cesse, pour quelque cause que ce soit, d'être administrateur, ou si la société en assemblée générale décide que ses fonctions d'administrateur-délégué ou directeur doivent cesser (1).

Les sociétés ont la plus grande liberté pour organiser à leur guise leur direction et c'est d'ordinaire le conseil d'administration qui est chargé de ce soin.

Il existe dans presque toutes les sociétés anglaises, surtout dans les sociétés importantes, deux organes bien distincts, qui exercent les fonctions appartenant chez nous aux administrateurs délégués :

1° Le secrétaire, chargé de l'administration intérieure de la société (2) ;

2° L'administrateur délégué, chargé des affaires extérieures de la société et de ses rapports avec les tiers.

On ne trouve dans la loi de 1908 aucune clause pré-

1. Pellerin, *La Loi anglaise de 1908 sur les sociétés par actions*, p. 163.

2. Rousseau, *Législation étrangère*, t. II. p. 22 et 23.

voyant la nomination du secrétaire. Elle a lieu conformément aux dispositions des statuts.

C'est ordinairement au conseil d'administration qu'est laissé le soin de nommer le secrétaire, de fixer sa rémunération et la durée de ses fonctions. D'habitude, un contrat intervient entre le conseil et lui, déterminant les conditions de son engagement.

Le contrat ainsi conclu fixe la nature et l'étendue des attributions du secrétaire. Cet agent assiste aux assemblées générales et aux réunions du conseil d'administration, prépare les procès-verbaux des séances, s'occupe de la correspondance avec les actionnaires relativement aux appels de fonds, aux transports, tient les livres de la société, tout au moins ceux qui sont relatifs à son fonctionnement intérieur, c'est-à-dire le registre des actionnaires, le registre des transferts, le registre des hypothèques, etc.

Le secrétaire n'a aucune autorité pour lier la société par contrat. Ce n'est pas un mandataire comme les administrateurs, mais un employé de la société. Il n'est pas obligatoirement administrateur ni même actionnaire.

Ses fonctions cessent d'après les clauses prévues au contrat passé entre la société et lui, à moins de faute grave, de négligence ou de tout autre cause pouvant justifier son renvoi.

Quant à l'administrateur délégué (*managing director*), ses pouvoirs et ses fonctions ainsi que leur durée, sa rémunération sont généralement déterminés par la résolution du conseil d'administration qui le désigne.

De même que les simples administrateurs, le délégué n'est pas forcément actionnaire ; mais la plupart des statuts exigent que les administrateurs possèdent un certain nombre d'actions (qualification shares) (1).

L'administrateur délégué est un mandataire. Cependant il doit, à certains égards, être assimilé comme les administrateurs ordinaires, à un « trustee » (2) c'est-à-dire à une espèce de fidéicommissaire chargé d'une mission de confiance plus large et plus étendue qu'un mandat ordinaire. On s'explique donc que les pouvoirs du conseil d'administration et de ses délégués soient en général beaucoup plus étendus que dans la société anonyme française.

Le *managing director* s'occupe spécialement de l'administration extérieure de la société et passe les contrats avec les tiers. Ses actes sont valables au regard des tiers bien que sa nomination soit irrégulière (3).

La société n'est pas engagée par les actes de l'administrateur délégué accomplis en dehors de son mandat, par exemple, par un emprunt irrégulier, bien qu'il ait été négocié au nom et pour le compte de la société (4). Celle-ci ne serait tenue que dans la mesure où elle en aurait tiré

---

1. Bayart, *Le Prospectus et son rôle dans la législation anglaise des sociétés par actions*, p. 153. — Palmer, *Company law*, p. 135.

2. Decugis, *De la Responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions* (droit français et anglais), p. 118.

3. Loi de 1908, art. 60.

4. Decugis, p. 139.

profit. Sauf cette hypothèse, une jurisprudence constante dégage en pareil cas la responsabilité de la société (1).

Il arrive parfois, dans les toutes petites sociétés, que l'administrateur délégué remplit en même temps les fonctions de secrétaire.

Le *managing director* bénéficie, indépendamment de ses avantages de simple administrateur, d'une rénumération supplémentaire qui peut consister en des allocations fixes ou une participation aux bénéfices. Le « prospectus » (2) doit renseigner le public sur cette rémunération D'ailleurs, toutes les dispositions des stats (articles of association) relatives aux avantages des administrateurs doivent être publiées (3).

Le *managing director* ne peut subdéléguer ses pouvoirs que quand il y est expressément autorisé au moment de sa nomination.

Il est révocable *ad nutum* et il ne pourrait être rendu irrévocable par une clause des statuts pour des raisons d'ordre public semblables à celles du droit français (4).

Il est déchu de ses fonctions :

1° S'il cesse d'être administrateur ;

---

1. Voir cette jurisprudence citée dans Decugis, p. 174 note 3.

2. On désigne sous ce nom tout acte par lequel le public est invité à souscrire.

3. Bayard, p. 153.

4. Voir sur la révocation des administrateurs, Decugis, *De la Responsabilité des administrateurs de sociétés en droit français et anglais* (*Journ. des Sociétés*, 1901, p. 37).

2° S'il accepte un autre emploi rétribué dans la société;

3° S'il tombe en faillite ou en déconfiture ;

4° S'il est intéressé dans un marché passé ou une affaire traitée avec la compagnie (1).

La responsabilité du *managing director* et du secrétaire dépend de l'étendue des pouvoirs qui leur ont été confiés par leurs mandants (2).

Les statuts peuvent stipuler que cette responsabilité sera illimitée.

Dans une société à responsabilité limitée, édicte l'article 30 de la loi de 1908, la responsabilité des administrateurs délégués peut, si les statuts le spécifient, être illimitée.

Bien plus, l'art. 61, § 1, permet à la société, si les statuts l'y autorisent, d'imposer par une résolution spéciale une responsabilité illimitée à ses administrateurs. En vertu de cette résolution et au cas de liquidation de la société, les administrateurs, même exempts de fautes, seraient tenus des dettes *in infinitum*, comme les gérants de la commandite par actions (3). Cette disposition est d'ailleurs fort peu appliquée en Angleterre.

Le secrétaire et le délégué sont responsables des actes accomplis par eux en dehors de leurs attributions et, dans ce cas, la responsabilité de la société n'est pas engagée (4).

---

1. Rousseau, *Législation étrangère*, t. II, p. 19.
2. Decugis, p. 117.
3. Rousseau, *Législation étrangère*, t. II. p. 22.
4. Loi de 1908, art. 75, § 2.

Ainsi le secrétaire d'une société, questionné par des tiers, est directement responsable s'il donne sciemment de faux renseignements sur la valeur des obligations de la compagnie, par exemple pour engager la personne qui lui demande des renseignements à acheter des obligations à un tiers son complice (1).

Cependant, si la fraude est invisible pour les tiers, la société peut être déclarée responsable, une société, en nommant son secrétaire, s'engageant implicitement envers le public à faire honneur aux engagements contractés en son nom par ce fonctionnaire (2).

L'administrateur délégué et le secrétaire sont également responsables, lorsque, en accomplissant un acte qui rentre dans l'exercice régulier de leurs fonctions, ils commettent une faute ou se rendent coupables de négligence ou *breach of trust* (3). Toutefois leur responsabilité peut être atténuée, et ils peuvent même être complètement excusés s'ils sont de bonne foi et ont agi à la suite d'une erreur de jugement ou d'une cause analogue.

L'article 279 de la loi de 1908, reproduisant la disposition de l'article 32 de la loi du 28 août 1907, s'exprime ainsi :

---

1. Decugis, p. 138.
2. Decugis, p. 17.
3. Il a été dit ci-dessus que les administrateurs et directeurs de la société peuvent être considérés comme des espèces de *trustees* ou fidéicommissaires des fonds de la société.

S'ils emploient ces fonds à une dépense sortant du but de la société ou dépassant leurs pouvoirs, il y a *breach of trust*.

Si dans un procès engagé contre l'administrateur d'une société pour négligence ou *breach of trust*, il apporte au tribunal que cet administrateur est ou peut être rendu responsable de cette négligence ou de ce *breach of trust*, mais qu'il a cependant agi honnêtement et raisonnablement, et doit en toute équité être excusé, le tribunal peut le relever de sa responsabilité soit en tout, soit en partie, à telles conditions qui paraîtront convenables au tribunal (1).

Au point de vue de l'exercice de l'action sociale, il y a lieu de signaler une différence remarquable avec le droit français.

La jurisprudence française reconnaît, nous l'avons vu, à un ou plusieurs actionnaires isolés, le droit d'exercer l'action sociale *ut singuli*, c'est-à-dire individuellement et dans la limite de leur intérêt personnel dans la société. Cette faculté d'exercer individuellement l'action sociale, qui suscite bien souvent des procès vexatoires, est refusée aux actionnaires des sociétés anglaises (2).

D'après la jurisprudence anglaise, les administrateurs sont responsables des fautes qu'ils ont laissé commettre au managing director par négligence ou défaut de surveillance (3). Ils ont ainsi un droit et un devoir de contrôle sur les actes de leur délégué.

Si, par exemple, le directeur gérant se livre à une circu-

1. de Leval: *La Loi anglaise sur les sociétés anonymes*, p. 89.
2. Decugis, *De la responsabilité des administrateurs de sociétés en droit français et anglais* (*J. des Soc.*, 1901, p. 109).
3. Decugis, p. 124.

lation d'effets de complaisance et se fait consentir des prêts déguisés pour faire apparaître un solde créditeur et justifier la distribution d'un dividende fictif, les administrateurs peuvent être condamnés solidairement avec lui sans pouvoir alléguer leur bonne foi (1).

Sur ce point, les solutions de notre jurisprudence ne sont pas sensiblement différentes.

Indépendamment de leur responsabilité civile, soit envers la société, soit envers les tiers et de la responsabilité pénale de droit commun, la loi de 1908 prévoit un grand nombre d'infractions spéciales à la constitution et à la gestion de la société, qui donnent lieu à des peines pécuniaires variant de 1 à 100 livres sterling (2).

Diverses de ces infractions sont déclarées imputables non seulement aux agents coupables, mais à la société, elle-même. C'est là une particularité intéressante à signaler ; nous avons vu, en effet, qu'en aucun cas la jurisprudence française n'admet la responsabilité pénale de la société.

C'est ainsi que la société est passible d'une amende si elle ne peint pas ou n'appose pas et ne conserve pas ainsi peint et apposé son nom de la façon prévue par la loi sur les documents émanés d'elle (3) ; si elle ne tient pas au siège social la liste des administrateurs et directeurs avec leurs noms, adresses et professions et si elle n'adresse pas

---

1. Decugis, p. 124.

2. Voir notamment : art. 60, § 2 et 3 ; art. 61, § 2 ; art. 63, § 2 et 3 ; art. 64, § 1 ; art. 88, § 3 ; art. 99, § 2 ; art. 100, § 2 ; art. 101, § 2.

3. Art. 63, § 2.

au greffier des sociétés une copie de ladite liste, ainsi qu'un avis de tout changement parmi les administrateurs ou directeurs (1).

III. — Autriche

Les statuts peuvent autoriserle conseil d'administration, s'il se compose de beaucoup de membres, à choisir dans son sein un *Comité exécutif*.

Le conseil peut déléguer à ce comité l'ensemble ou une partie seulement de ses attributions (2).

Le Comité exécutif gère la société sous le contrôle et l'autorité du conseil.

Il ne peut être attribué au Comité des pouvoirs plus étendus que ceux prévus par les articles 231, § 2 et 234 du Code de commerce (3).

Les administrateurs sont révocables sauf dommages-intérêts pour contrats en cours (4). La même disposition est applicable aux membres du Comité exécutif.

L'étendue des pouvoirs des administrateurs et par suite celle des pouvoirs qu'ils peuvent déléguer est délimitée, soit par les statuts, soit par l'Assemblée générale.

Indépendamment du Comité exécutif, les statuts peuvent

---

1. Art. 75, § 2, Voir d'autres cas de responsabilité pénale de la société ; art. 61, § 3 ; art. 70, § 4 et 5.

2. Décret du 20 septembre 1899, art. 34. — Rousseau, t. II, *Législation étrangère*, p. 130.

3. *Ibid.*

4. Art. 227 du Code de commerce, *ibid.*, p. 116.

prévoir la création d'un organe spécial appelé *Conseil de direction*, auxquels est conféré le pouvoir de décider dans certaines affaires importantes dont la connaissance n'est pas réservée à l'Assemblée générale, ou bien, dans d'autres sociétés, le droit de veto sur les décisions du conseil d'administration (1). Les statuts doivent préciser les affaires de la compétence du conseil de direction, la composition de celui-ci, le quorum nécessaire pour qu'il puisse valablement délibérer.

Les statuts peuvent lui conférer le pouvoir de choisir les administrateurs, à condition que les membres eux-mêmes du conseil de direction aient été élus par l'Assemblée générale des actionnaires pour une durée maxima de cinq ans (2).

Le Conseil de direction présente ainsi beaucoup d'analogie avec le Conseil de surveillance des sociétés allemandes.

IV. — Hongrie

D'après l'article 182 du Code de commerce hongrois (3), les affaires sociales sont gérées par la Direction, qui se compose d'une ou plusieurs personnes, choisies parmi les actionnaires ou en dehors, salariées ou non salariées.

---

1. Décret du 20 septembre 1899, art. 36, Rousseau, p. 130.
2. Même article.
3. *Ibid.*, p. 155.

La direction représente la société judiciairement et extrajudiciairement. Toutefois, il suffit que les notifications concernant la société soient faites entre les mains d'un des membres de la direction.

D'autres fondés de pouvoir ou employés de la société peuvent aussi être investis de la gestion des affaires, ainsi que chargés de la représenter dans cette gestion. Il y a lieu en général de leur appliquer les dispositions du Code de commerce relatives aux fondés de pouvoirs (1).

Les mandataires de la société sont révocables *ad nutum*, sauf indemnité (2).

Leurs pouvoirs sont fixés par l'Assemblée générale ou par les statuts et ils sont responsables de tous actes dépassant les limites de leurs pouvoirs.

Dans l'exercice régulier de leurs fonctions, ils sont responsables comme des mandataires ordinaires (3).

V. — Belgique

L'organisation et le fonctionnement de la direction des sociétés belges ne diffèrent pas sensiblement du système français.

Les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits. La

---

1. Art. 193 du Code de commerce hongrois. Rousseau, p. 156.
2. Art. 183, *ibid.*, 155.
3. Art. 189. *ibid.*, p. 156.

durée de leur mandat ne peut excéder six ans (1).

La gestion journalière des affaires de la société ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à des directeurs, gérants ou autres, associés ou non associés, dont la nomination, la révocation et les attributions sont réglées par les statuts (2).

La responsabilité de ces agents, à raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles ordinaires du mandat (3).

VI. — Espagne

La loi espagnole est très libérale quant au régime et au fonctionnement des sociétés anonymes. Ce sont les statuts qui fixent le mode d'administration, la loi leur laissant toute latitude à cet égard.

Les pouvoirs et les facultés des administrateurs sont également fixés par les statuts. Ils peuvent prévoir à leur profit et, en fait, ils prévoient presque toujours la faculté de délégation (4).

Les administrateurs des sociétés anonymes sont les mandataires des dites sociétés. Tant qu'ils observent les règles du mandat, ils ne sont tenus à aucune responsa-

---

1. Art. 43 et 45 de la loi du 18 mai 1873, Rousseau, p. 170.
2. Art. 53 § 1, *ibid.*, p. 172.
3. Art. 53, § 2.
4. Art. 156 du Code de commerce espagnol, Rousseau, p. 191.,

bilité personnelle ni solidaire à raison des obligations sociales. Lorsque, par suite d'une infraction aux lois ou aux statuts de la société ou d'une contravention aux décisions régulièrement prises par les assemblées générales, ils occasionnent un préjudice, ils en sont responsables, et, s'il y a plusieurs administrateurs, chacun d'eux supporte cette responsabilité au prorata (1).

La responsabilité des mandataires substitués du Conseil est basée sur les mêmes principes.

VII. — Italie

Aucune disposition légale n'interdit au Conseil d'administration de déléguer ses pouvoirs à un ou plusieurs de ses membres.

D'autre part, les statuts ou une délibération de l'assemblée générale peuvent attribuer le rôle d'exécution des opérations sociales à un directeur étranger au Conseil d'administration (2).

Ce directeur est responsable envers les secrétaires et envers les tiers. Il est, dans tous les cas, soumis à l'autorité et à la surveillance des administrateurs.

La responsabilité des administrateurs et mandataires de la société est visée par l'article 121 (3) :

---

1. Même article.
2. Art. 147 du Code de commerce italien.
3. Rousseau, p. 211.

Ils ne contractent à raison de leur administration aucune responsabilité personnelle pour les affaires sociales. Ils sont toutefois soumis à la responsabilité de l'exécution de leur mandat et à celle qui découle des obligations que la loi leur impose Ils ne peuvent faire d'autres opérations que celles mentionnées dans l'acte constitutif. En cas de transgression, ils sont responsables, tant envers les tiers qu'envers la société.

Les actionnaires ne peuvent exercer individuellement l'action sociale ; ils ont seulement le droit de dénoncer aux syndics les faits qu'ils croient devoir être censurés (1).

Les mandataires de la société sont déchus de leurs fonctions en cas de faillite ou de déconfiture (2).

VIII. — Suisse

Le régime des sociétés anonymes est établi par le Code Fédéral des obligations promulgué le 14 juin 1881.

Les statuts peuvent autoriser le Conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs ; ils peuvent même lui imposer cette obligation.

Les statuts, *dit l'article 650* (3), peuvent prescrire à l'administration de confier la direction des affaires sociales ou de

1. Art. 151, Rousseau, p. 217.
2. Art. 150, *ibid.* p. 217.
3. *Ibid.*, p. 252.

certaines de ces affaires, soit à un ou plusieurs de ses propres membres, soit à une ou plusieurs autres personnes étrangères à la société.

Les commissions, directeurs et fondés de pouvoirs désignés par l'administration peuvent être révoqués par elle en tout temps, sauf indemnité s'il y a lieu.

Les délégués sont responsables de leur gestion conformément aux règles ordinaires du mandat (1).

1. Art. 671 et suivants, Rousseau, p. 255.

CONCLUSION

Nous venons de voir que dans la plupart des législations étrangères il n'existe qu'un très petit nombre de dispositions relatives à la direction des sociétés anonymes. Seule la loi allemande contient une réglementation du Vorstand en rapport avec l'importance pratique de cet organe.

La conception très originale du Vorstand est d'ailleurs la plus intéressante à rapprocher du système français.

Bien que la direction exerce en fait la gérance de la société, dont elle constitue le rouage le plus actif, notre législateur de 1867 ne lui consacre qu'un texte obscur et incomplet, celui de l'article 22.

Ce texte a été, avec raison, l'objet de vives critiques. Tout d'abord, pourquoi restreindre la liberté de la société dans le choix du directeur? Pourquoi subordonner à l'autorisation des statuts la nomination d'un directeur étranger à la société? Les circonstances peuvent mettre en effet la société dans la nécessité de faire appel aux capacités professionnelles de personnes étrangères. Il ne dépend certes que des statuts de prévoir la possibilité de prendre un directeur en dehors de la société. Mais si les statuts sont muets à cet égard, la nomination d'un directeur

étranger pourra se heurter à de sérieuses difficultés. Il y a donc dans la disposition de la loi une limitation fâcheuse à la liberté de la société.

D'autre part, le texte de l'article 22 prête à l'équivoque. Qu'est-ce exactement que le mandataire substitué dont parle le législateur ? Les interprétations les plus divergentes ont été proposées sur ce point, les uns prétendant que le texte fait allusion au directeur étranger au Conseil, d'autres estimant qu'il est question d'un mandataire que chaque administrateur a le droit de se substituer pour siéger à sa place dans le Conseil.

Et à l'égard de ce mandataire substitué, quelle responsabilité le législateur a-t-il voulu édicter ? Est-ce une responsabilité sans limites, ou a-t-il voulu simplement reproduire la responsabilité de droit commun en matière de substitution de mandat? Sur cette question encore le doute subsiste et les controverses ne sont pas éteintes.

Enfin l'article 22 laisse complètement hors de ses prévisions le directeur associé étranger au Conseil et on se demande si l'on doit, notamment au point de vue de la nomination dans le silence des statuts, l'assimiler au directeur étranger à la société.

Ce texte ne donne donc que des solutions douteuses et équivoques aux questions qu'il a voulu résoudre.

Il ne contient d'ailleurs aucune réglementation d'ensemble de la direction des sociétés anonymes, réglementation élaborée, postérieurement à la loi de 1867, par l'effort commun de la doctrine et de la jurisprudence.

Dans le système ainsi construit tout n'est certes pas parfait ; et, sur bien des points, la législation allemande présente sur la conception française une réelle supériorité.

En ce qui concerne notamment les rapports de la direction avec les tiers, nous avons signalé les imperfections du système français : d'après la jurisprudence, toutes les restrictions aux pouvoirs des directeurs sont opposables aux tiers, à la seule condition que ces restrictions aient reçu la publicité prévue par la loi de 1867, et nous avons vu combien cette publicité était insuffisante et inefficace pour renseigner sûrement les tiers.

En Allemagne, les pouvoirs du Vorstand ne peuvent être limités au regard des tiers. Vis-à vis d'eux le Vorstand accomplit valablement tous les actes d'administration nécessaires au fonctionnement de la société et la loi délimite d'ailleurs très largement ces pouvoirs. Ainsi les tiers qui traitent avec la société sont assurés d'une protection parfaite. Ils n'ont pas à craindre que la société, sous prétexte d'abus de la raison sociale, se refuse à accepter pour son compte les actes de ses directeurs. Les affaires traitées avec la société sont plus sûres et par conséquent plus faciles et plus rapides.

Quant à la situation même des membres du Vorstand, ils sont assimilés à des locateurs de service. Ils peuvent être nommés, soit pour un temps indéterminé soit pour une durée fixe non limitée d'avance par la loi. A moins de motifs sérieux ils ne peuvent être révoqués sans indemnité. Ils ont donc une situation beaucoup plus stable que le

directeur de la société française. En France, un ingénieur de premier ordre, un technicien ayant de hautes capacités professionnelles hésiteront souvent à accepter des fonctions où ils seront à la merci d'une Assemblée Générale ou d'un Conseil d'administration. La perspective d'une situation assurée permet, au contraire, au Vorstand de se recruter parmi des hommes de métier réellement supérieurs. Aussi le seul mot du Vorstand éveille-t-il en Allemagne l'idée d'un organisme beaucoup plus puissant que la direction de nos sociétés.

D'ailleurs, ce qui est encore une garantie pour la bonne marche des affaires sociales, une même personne ne peut, en Allemagne, faire partie de la direction de plusieurs sociétés. Les membres du Vorstand peuvent donc consacrer à leurs fonctions tout leur temps et toute leur activité.

Enfin, nous avons critiqué la faculté qui appartient à l'administrateur-délégué et au directeur de nos sociétés de prendre part aux votes relatifs à l'approbation ou à la désapprobation de leur gestion. Il y a là un abus choquant qui a souvent permis à de véritables dictatures de s'exercer au détriment des intérêts sociaux.

La loi allemande a pris soin de prévenir un pareil abus en refusant aux membres du Vorstand voix délibérative dans tous les votes concernant leur gestion.

Il n'est pas à croire que le législateur français se décide à transporter chez nous la conception allemande du Vorstand. Mais, sans rêver des réformes impossibles ni le bouleversement des institutions existantes, on peut souhai-

ter l'intervention d'une loi qui consacrerait tout au moins les résultats de la pratique et les solutions de la jurisprudence. Ce serait là un complément utile au projet de loi déposé le 22 juin 1908 par M. Piou et tendant à la codification des différentes dispositions législatives relatives aux sociétés.

Cette réforme mettrait fin aux controverses qui subsistent encore sur l'interprétation de l'article 22. Elle donnerait plus de force et de cohésion aux résultats acquis par la jurisprudence, supprimerait sur bien des points le doute et les discussions et préviendrait ainsi les multiples procès que fait naître chaque jour l'insuffisance d'une réglementation légale.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages de fond

Alauzet. — Commentaire du Code de commerce.

Arthuys. — Traité des sociétés.

Aubry et Rau. — Cours de Droit civil français, 4e édition.

Bédarride. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867.

Beseler. — Volksrecht.

Bluntschli. — Zur Revision der staatlichen Grùndbegriffe.

Boistel. — Précis du Cours de droit commercial.

Cellérier. — Étude sur les sociétés anonymes en France et dans les pays voisins.

Code civil Allemand. Traduit et publié par le Comité de législation étrangère.

Cohendy et Darras. — Code de commerce annoté.

Cosack. — Traité de Droit commercial allemand (traduit par Mis).

Dalloz. — Répertoire et supplément au répertoire.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon.

— Lois civiles.

Duguit. — L'État, les gouvernements et les agents.

Gierke. — Die Genossenchaftstheorie.

Guillouard. — Traité des sociétés.

Houpin. — Traité des sociétés, 3e édition.

Houyvet. — Les Tribunaux de commerce.

Lasson. — Der Begriff der moralischen Person und die Staatspersonlichkeit.

Lecouturier. — Manuel Formulaire des sociétés par actions.

Leval (de). — La Loi anglaise sur les sociétés anonymes.

Loché. — Législation civile, commerciale et industrielle.

Lyon-Caen et Renault. — Traité des sociétés commerciales, 3e édit.

Massé. — Traité de Droit commercial.

Mathieu et Bourcuignat. — Commentaire de la loi sur les sociétés des 24-29 juillet 1867.

Michoud. — La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français.

Mouret. — Responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes, 2e édition.

Palmer. — Company law.

Pellerin. — La Loi anglaise sur les sociétés par actions.

Planiol. — Traité élémentaire de Droit civil.

Pont. — Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales.

Pothier. — Du Contrat de mandat.

Rivière. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867.

— Commentaire de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée.

Rousseau. — Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères.

Rubat du Mérac. — Des Délits relatifs aux sociétés par actions.

Rümelin. — Das Selbskontrahiren.

Savigny. — Traité de Droit romain.

Sourdat. — Traité général de la responsabilité, 5e édition.

Thaller. — Traité élémentaire de Droit commercial, 2e édit.

Thaller et Percerou. — Des Faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires.

Tripier. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867.

Vavasseur. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 5e édit.

Villemin. — Des Actions sociales et individuelles dans les sociétés en commandite par actions et dans les sociétés anonymes.

II. — Thèses

Bavart. — Le Prospectus et son rôle dans la législation anglaise des sociétés par actions. Paris, 1903.

Decugis. — De la Responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions (Droit français et anglais). Paris, 1898.

Mestre. — Les Personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris, 1899.

Terroud. — De l'Exercice des actions judiciaires par les actionnaires. Lyon 1901.

Maureil-Deschamps. — De la Situation respective du conseil d'administration et du directeur dans la société anonyme. Paris, 1909.

III. — Revues et Périodiques

Annales de Droit commercial.

Bulletin criminel.

Clunet : Journal de Droit international privé.

Dalloz : Jurisprudence générale.

Gazette commerciale de Lyon.

Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
Journal de Marseille.
Journal des Sociétés.
Le Droit.
Pandectes françaises.
Recueil d'Angers.
Recueil de Bordeaux.
Revue juridique des opérations de Bourse.
Revue des Sociétés.
Rivisto di Diritto commerciale, industriale e marittimo.
Sirey : Jurisprudence générale.

IV. — Articles de Revues

Boistel. — Note Dalloz, 1892. 2. 33.
Bosvieux. — Note sous Paris, 23 mars 1909. Journ. des Sociétés, 1909, p. 406.
Crémieu. — De la Gérance d'une entreprise commerciale. Annales de Droit commercial, année 1909, p. 481.
Décugis. — Journal des Sociétés, année 1903, p. 481.
— Journal des Sociétés, année 1901, p. 37.
— Journal des Sociétés, année 1906, p. 241.
Garraud. — Notes Dalloz, 1886. 1. 89.
Houpin. — Journal des Sociétés, année 1896, p. 303, note.
— Journal des Sociétés, année 1901, p. 481.
— Journal des Sociétés, année 1904, p. 289.
Labbé. — Note Sirey, 1874. 1. 97.
— Note Sirey, 1875. 1. 97.
Lecouturier. — De la Subdélégation générale des pouvoirs de l'administrateur délégué. Journal des Sociétés, 1907, p. 289.

Le Poittevin. — Note Dalloz, 1905. 1. 17.
Levillain. — Note Dalloz, 1904. 2. 121.
Lyon-Caen. — Note Sirey, 1884. 2. 49.
Percerou. — Des Abus de la raison sociale ; Annales de Droit commercial, année 1898, p. 118.
— Notes Dalloz, 1904. 2. 17.
— Note Dalloz, 1910. 1. 233.
Roux (J.-A.). — Note sous Cassation, 8 mai 1903. Sirey, 1905. 1. 153.
Ruben de Couder. — Note sous Cassation, 9 mai 1885. Sirey, 1885. 1. 234.
Thaller. — Note Dalloz, 1886. 2. 25.
— Annales de Droit commercial, année 1896, p. 241.
— Journal des Sociétés, année 1896, p. 42.
— Note Dalloz, 1898. 1. 65.
— Note Dalloz, 1898. 1. 569.
— Note Dalloz, 1893. 1. 113.
Wahl. — Note sous Rouen, 27 mai 1895. Sirey, 1898. 2. 185.
— Une société peut-elle être « gérante » ou « administrateur » d'une autre société ? Journal des Sociétés, 1905, p. 289.
— Note Sirey, 1901. 2. 297.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER. — Situation juridique de l'administrateur délégué et du directeur 5

§ 1. — Conception de la loi de 1867 : ce sont des mandataires. — Critique de cette conception . 5

§ 2. — Particularités du mandat des directeurs. — Révocabilité *ad nutum* d'ordre public..... 10

§ 3. — Distinction entre le directeur général et le directeur technique..... 17

§ 4. — Le délégué et le directeur sont-ils commerçants?..... 30

CHAPITRE II. — Nomination de l'administrateur délégué et du directeur..... 39

§ 1. — Par qui et comment sont-ils nommé ? 39

§ 2. — Qui peut être nommé administrateur délégué ou directeur ?..... 46

A. — Le directeur peut être pris, si les statuts le permettent, en dehors de la société..... 46

B. — Incompatibilités et incapacités 54

§ 3. — Pour combien de temps sont-ils nommés?.. 58

CHAPITRE III. — Pouvoirs de l'administrateur délégué et du directeur 61

Section I. — Étendue et délimitation de leurs pouvoirs 61

§ 1. — Par qui la direction est-elle organisée et ses pouvoirs fixés ?..... 61

§ 2. — Organisation et pouvoirs de la direction... 63

§ 3. — Intérêt de la délimitation des pouvoirs de

l'administrateur délégué et du directeur. — Théorie des abus de la raison sociale 67
A. — Système de la jurisprudence 67
B. — Critique de ce système 74
Section II. — Rémunération de l'administrateur délégué et du directeur 77
§ 1. — Par qui sont fixées les allocations 77
§ 2. — Nature des allocations. — Tantièmes sur les bénéfices. — Mode de calcul 80
Section III. — Subdélégation 92
CHAPITRE IV. — Responsabilité de l'administrateur délégué et du directeur 99

TITRE PREMIER. — Responsabilité civile 101
Section I. — Divers cas de responsabilité civile 101
§ 1. — Responsabilité à raison de la constitution irrégulière de la société 101
§ 2. — Responsabilité à raison de l'administration de la société 115
A. — Violation de la loi 119
B. — Violation des statuts 122
C. — Fautes de gérance ou de gestion 123
Section II. — Conditions de la responsabilité 130
Section III. — Envers qui existe la responsabilité ... 137
Section IV. — Étendue de la responsabilité 145
Section V. — Responsabilité du conseil à raison des actes de ses mandataires substitués. — Répartition de la responsabilité 149

TITRE II. — Responsabilité pénale 167
Section I. — Crimes et délits de droit commun 167
§ 1. — Escroquerie 167
§ 2. — Abus de confiance 174
§ 3. — Agiotage 177

Section II. — Infractions à la législation des sociétés. 184
§ 1. — Infractions relatives à la constitution de la société ou aux augmentations de capital..... 184
A. — Provocation de souscriptions et de versements par des moyens frauduleux..... 185
B. — Émission irrégulière d'actions..... 191
C. — Négociation irrégulière d'actions 192
§ 2. — Infractions relatives à l'administration de la société 195
A. — Création d'une majorité factice dans les assemblées générales 195
B. — Défaut de mention de la forme de la société et de son capital sur les documents émanés de la société..... 206
C. — Distribution de dividendes fictifs 206
APPENDICES. — I. — Combinaison de textes pénaux de droit commun et de ceux de la loi de 1867.... 212
A. — Évolution de la jurisprudence. — Exposé de son système 212
B. — Critique du système de la jurisprudence. 215
II. — La société peut-elle encourir une responsabilité pénale à la suite d'actes accomplis par l'administrateur délégué ou le directeur ?..... 219
TITRE III. — Des actions en responsabilité. — De la compétence..... 227
CHAPITRE V. — Fin des fonctions de l'administrateur délégué et du directeur 234
CHAPITRE VI. — Législations étrangères : Allemagne, Angleterre, Autriche, Hongrie, Belgique, Espagne, Italie, Suisse..... 243
CONCLUSION 273

Imp. de la Librairie V. GIARD et E. BRIÈRE, 16, rue Soufflot, Paris.